ياهو

T. C.
MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI
RAGIP PAŞA KÜTÜPHANESİ
MÜHÜR
SAYI: 411

حسبي الله ونعم
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بابن الصدور راغب
وكفى عبده

٥٢٤

RAĞIP P.
Ka. N.
518
524

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب الوقف

جايز ولزومه بالقضا وبعد الموت اذا علق به وقالا هو لازم مطلقا فيخرجه عن ملكه بالقول من غير تسليم الى ولي في شرطه ويجيزه في المشاع ومنعه فيما يحتمل القسمة ولا يجوز في المسجد والمقبرة ويجيز شرط المنفعة والولاية لنفسه وخالفه فيهما ويجيزه مابيد ويكون للفقراء ان لم يسمهم الوقف عند ابي حنيفة وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية فقيل لا يصح اصلا لان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يتصور والاصح انه جايز عنده بمنزلة العارية الا انه غير لازم حتى جاز له تمليكه ويورث عينه ولزومه بحكم الحاكم دون المحكوم وفيه اختلاف المشايخ لان حكم الحاكم مصادف مختلفا فيه فينفذ ويلزم ولا يكون لقاض آخر ابطاله او بالتعليق بالموت فيلزم بعد الموت لا قبله وهذا هو الصحيح لانه بمنزلة العدة بالوصية ولزوم الوصية بعد الموت ولا يلزم على هذا ان الملك اذا كان باقيا فيه الى الموت والمانع انتقاله الى الوارث لانا نقول منه تعلق حكم الميت به من جهة وصول ثوابه اليه بعد الموت على الدوام وعندهما هو لازم من غير حكم حاكم ولا يتعلق بموته وهو معنى قوله مطلقا لان الحاجة ماسة الى لزومه ليصل ثوابه اليه على الدوام ولامكان تاييده لان ازالة الملك الى الله تعالى في وقته الموقوف بجهة مخصوصة فتصح كالاعتاق وكالمسجد اذا عزله عن ملكه وصلى فيه باذنه ولنا قوله عليه السلام لا حبس عن فرايض الله تعالى وعن شريح جا محمد ببيع الحبيس ولا الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك دليل قيام الملك وتصرف الواقف بصرف غلاته الى مصارفها ونصب المتولي عليه دليل قيام ملكه الا انه يصدق بالمنفعة واشبه العارية بخلاف الاعتاق انه اتلاف وبخلاف المسجد فانه جعله خالصا لله تعالى ولهذا انقطع الانتفاع به وقيل كان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا بذلك الى ان سمع حديث عمر رضي الله عنه فرجع وقال لو بلغ هذا ابو حنيفة رضي الله عنه لرجع وهو ما رواه محمد بن الحسن عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر ان عمر رضي الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكان نخلا نفيسا فقال يا رسول الله اني استفدت مالا نفيسا افاتصدق به لله تعالى فقال تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرته على المساكين فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى ولا جناح على من وليه ان ياكل منه بالمعروف او يوكل صديقا غير متاثل ثم اذا خرج الوقف عن ملك الواقف عندهما فقال ابو يوسف يزول

بقوله

بقوله جعلته وقفا وهو قول الشافعي وقال محمد يشترط التسليم الى الولي والافراز حتى لا يصح عنده في مشاع يحتمل القسمة وان حكم به الحاكم جاز واما ما لا يحتمل القسمة فالشيوع غير مانع عند محمد اعتبارا بالصدقة المنفذة والهبة واما المسجد والمقبرة فلا يجوز الشيوع فيهما اجماعا لان بقا الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ويقبح المهايأة فيهما بان يصلى في المسجد يوما ويسكن يوما ويدفن في المقبرة شهرا ويزرع شهرا بخلاف غيرهما من الموقوف حيث يمكن الاستغلال منها فيقسم الغلة والخلاف في ذلك مبني على ان الوقف عند ابي يوسف بمنزلة الاعتاق لانه ازالة الملك لا الى احد تقربا الى الله عز وجل واسقاط الملك لا يتوقف على القبض ولا على الافراز وعند محمد هو هبة لله تعالى لجهة مخصوصة لان الواقف يتقرب به الى الله تعالى ويرجوا الثواب منه والله تعالى مالك الاشيا كلها فلا يتحقق التمليك منه بل من الجهة المخصوصة الا ان يقطع عن الموقوف ما كان له من الاختصاص به كالزكاة والصدقة فيوجب الافراز والتسليم الى الولي وحكم المسجد والمقبرة من الزوايد واما شرط المنفعة لنفسه فجايز عند ابي يوسف وقال محمد والشافعي وهلال الرازي لا يجوز وقيل الخلاف بينهما مبني على الخلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل بل هي مسئلة ولا تفاوت الحال في ... بين ما اذا شرط الكل لنفسه او البعض ثم يكون من بعد موته للفقراء لمحمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك على ما مر فاشتراط الكل او البعض لنفسه مبطل له لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة واشتراط قطعه من المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي انه عليه السلم كان ياكل من صدقته والمراد وقفه ولا يحل الا بالشرط فكان مشروعا ولانه ... ان ازالة الملك الى الله واذا جعله لنفسه فقد جعل ما هو لله تعالى لنفسه لا ملك نفسه لنفسه ... ذلك جايز ونظيره بما اذا بنى خانا او سقاية او وقف مقبرة وشرط سكناه وشربه ودفنه واما شرط الولاية لنفسه فيجوز عند ابي يوسف وهو قول هلال وهو ظاهر المذهب ولا يصح عند محمد بناء على اشتراط التسليم عنده فاشتراط الولاية لنفسه ينافي شرط صحة الوقف ولنا ان المتولي للوقف انما يستفيد الولاية عليه من جهة الواقف بشرطه ومن لا ولاية له في نفسه يستحيل ان يفيد غيره ولانه اقرب الناس اليه فيكون اولى به كالمعتق اولى بالولا واذا كان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي انتزاع الوقف منه نظرا للفقراء كما يخرج الوصي نظرا للصغار ولو شرط الواقف ان ليس لسلطان ولا قاض عزله لا يلتفت اليه لكونه شرطا مخالفا للشرع واما ذكر التابيد فشرط عندهما وليس بشرط عند ابي يوسف وانما يجعله لا ... في ذكر التابيد دون نفس التابيد لان التابيد شرط بالاجماع هو الصحيح وانما الخلاف في ذكره فقال ابو يوسف

اذا ذكر جهة تنقطع جاز وكان بعدها للفقراء وان لم يسمهم لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عن التأبيد لكونه اسقاطا للملك بدون تمليك كالاعتاق يصرف عند انقطاع الجهة المعينة الى الفقراء لان كونه صدقة وقربة لا يحصل الا بذلك ولهما ان التصدق بالغلة قد يقع على وجه التأبيد وقد لا يقع فتصرف مطلقه الى التأبيد يوجب التنصيص ولان المقصود من الوقف انقطاع اختصاص الواقف به ولا يحصل ذلك الا بذكر التأبيد لان عند توهم انقطاعه لا يترتب على الوقف مقتضاه ولهذا كان التأقيت فيه مبطلا له كالبيع قال ولا يدخله في ملك الموقوف عليه واذا صح الوقف خرج عن ملك المالك عندهما على ما بيناه من الخلاف ثم لا يدخل في ملك الموقوف عليه قال في شرح الوجيز ما رقبة الوقف فالمذهب وهو نصه في المختصر هنا ان الملك فيها ينتقل الى الله تعالى وفي قول الى الموقوف عليه وخرج قول انه باق على ملك الواقف وقيل بالاول قطعا وقيل بالثاني قطعا وقيل ان كان الوقف على معين ملكه قطعا وان كان على جهة انتقل الى الله قطعا وهذا كله اذا وقف على شخص او جهة عامة اما اذا جعل البقعة مسجدا او مقبرة فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق فينقطع عنها اختصاصات الادميين قطعا ولهذا الخلاف فوائد منها ان نفقة العبد والبهيمة الموقوفين من حيث شرط الواقف فان لم يشرط ففي الاكساب وعوض المنافع فان لم يكن العبد كاسبا او تعطل كسبه ومنافعه لزمانة او مرض او لم يف كسبه بنفقته بني على اقوال الملك فان قيل بان الملك للموقوف عليه لزمته النفقة وان قيل بانه لله تعالى ففي بيت المال كما لو اعتق من لا كسب له وان قيل للواقف فهي عليه وتوجيه القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه انه سبب طرا على الملك فلم يغيره بالكلية فوجب ان يكون له مالك كالبيع ولانه لو لم يدخل في ملك الموقوف عليه لما كان مضمونا وانه لا يجوز ولنا ان الملك لو انتقل الى الموقوف عليه لم ينتقل عنه بشرط الواقف الى غيره كسائر الاملاك ولانه ازالة ملك لا تمليك وما ذكره ينتقض بالمسجد وستارة الكعبة وخادمها المشتري لها

قال ويزيل ملكه عن المسجد بقوله وشرطا افرازه وصلوة واحد وجماعة فيه باذنه اذا بنى مسجدا لا يزول ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه وفي رواية الحسن لا بد من ان يصلي فيه بجماعة وهو رواية عن محمد وقال ابو يوسف رحمهما الله يزول عنه ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملكه فيخلص لله تعالى كالاعتاق ولهما انه ازالة ملك لا الى مالك من غير املاك فلا يصح بمجرد القول كقوله وهبت لواحد من الناس واما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فلان التسليم شرط في المسجد عندهما لان المسجد يبنى لحق الله تعالى ولما تعذر القبض اقيم تحقق المقصود منه مقام حقيقته وهو الصلوة فصار كالصدقة المقبوضة وانما قال او جماعة ليدل به على ان صلوة الجماعة رواية وهي من الزوائد

قال وافراز الطريق شرط اذا جعل وسط داره مسجدا واذن بالصلوة فيه فانه لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة حتى يفرد له طريقا وقال ابو يوسف ومحمد يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا دخل الطريق في طريق الحكم كمن استاجر بيتا ولم يذكر الطريق فانه يدخل لامتناع الانتفاع بالمستاجر الا به كذلك هذا ولابي حنيفة ان المسجد يجب ان يحرز عن حقوق العباد ليخلص لله تعالى واذا لم يعين للمسجد المتخذ في داره طريقا كان له حق المنع لاحاطة ملكه بجوانبه وابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى فلا يكون مسجدا

قال ولو خرب ما حوله واستغني عنه لا يعيده ملكا وخالفه اذا خرب ما حول المسجد واستغنى اهله عنه قال محمد يعود الى ملك واقفه او ورثته لانه عينه لقربة مخصوصة وهي الصلوة فيه وقد انقطعت وصارت كحشيش المسجد وحصيره وقال ابو يوسف لا يعود الى ملك احد لانه تحرر لله تعالى وسقط ملك مالكه عنه واعادة الساقط محال واما حصير المسجد وحشيشه فينقل الى مسجد اخر عنده

قال واللزوم في الرباط والخان والسقاية والمقبرة بالحكم وبجعله بالقول لا باستعمالها فيما وضعت له اذا بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه ابناء السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملك الواقف عن ذلك حتى يحكم الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق العبد فيه قائم لجواز انتفاعه بكل منها لما عينت له فيشترط الحكم للزومه او التعليق بالموت كما مر وهذا بخلاف المسجد لانه لم يبق له انتفاع به فيخلص لله تعالى بدون الحكم وقال ابو يوسف يزول ملكه ويلزم الوقف بالقول لان التسليم عنده ليس بشرط وقد مر تعليله وقال محمد اذا استقى الناس من السقاية ودفنوا في المقبرة وسكنوا الخان والرباط زال الملك لان التسليم عنده شرط وهو تسليم نوعه فيما وضع له ويكتفى فيه بالواحد لتعذر فعل الجنس ولو سلم الى المتولي جاز لان فعله ينوب مناب الموقوف عليه واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه وقيل في المقبرة انها كالمسجد لانه لا متولي لها عرفا وقيل هي كالسقاية والخان لانه لو نصب لها متول صح وان كان خلاف العادة

قال ولا يجيز وقف كل عين معينة مملوكة قابلة للنقل مفيدة بانه يجوز وقف العقار ووقف باطل وما لا يجوز ما كان تبعا كالات الحرث والبقر وعبيده الاكرة مع الضيعة واجاز ما تعارف وقفه كالمصاحف والكتب والفاس والقدوم والقدور والجنازة والكراع والسلاح ونفي به هذه القيود المذكورة في المسئلة الاولى زوايد

لتعريف مذهب الشافعي فعنده ان الوقف يصح في كل عين احترازا عن المنافع فانه
لا يصح وقفها وعن الوقف الملتزم في الذمه والقيد الثاني احترازا عن وقف احد عبديه
والثالث احترازا عما لا يملك والرابع وهو قبول الملك للنقل احترازا عن ام الولد والملاهي
والخامس وهو ان يحصل منها فائدة كالثمرة واللبن والسكنى واللبس ونحو ذلك والسادس
وهو بقاء العين الموقوفه احترازا عن الطعام ونحوه والاصل في ذلك ان جواز الوقف لحصول
الانتفاع به وكل ما كان بهذه الشروط كان قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه فجاز وقفه كالعقار
واما العقار فلان جمعا من الصحابه وقفوه واما المنقول فمذهب ابي حنيفه انه لا يجوز
وقفه وقال ابو يوسف يجوز وقف ما كان منه تبعا للعقار كما اذا وقف ضيعة ببقرها
واكرتها وهم عبيده فقد ثبت للتبع حالة التبعيه من الحكم ما لم يثبت له بطريق
الاصاله كالشرب يصح بيعه تبعا لا اصلا وكالبناء يصح وقفه مع الارض لا وحده وهذه
تابعة للارض في تحصيل ما هو المقصود منها فجاز وقفها ومذهب محمد في ذلك كمذهب
ابي يوسف لان محمدا يرى جواز وقف المنقول المتعارف وقفه بطريق الاصاله فلان
يرى جوازه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس ما يتعارف وقفه وقيل ابو يوسف معه
في وقف الكراع والسلاح في سبيل الله وهذا استحسان ووجهه ما ورد من الاثار المشهوره
في جوازه منها قوله صلى الله عليه وسلم واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله
وطلحة حبس دروعه في سبيل الله ويروى كراعه والكراع للخيل ويدخل في حكمه الابل لانهم
كانوا يجاهدون عليها ويحمل عليها السلاح ومحمد ترك القياس بالتعامل والعرف كما في
الاستصناع وقد وجد التعامل في وقف هذه الاشيا التي مثل بها وزادها في المتن واكثر
فقها الامصار على قول محمد والفتوى عليه واما ما لا تعامل فيه فلا يجوز وقفه عندنا وقال
الشافعي كل ما ينتفع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه
العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتابد ولا بد من التابيد على ما مر فصار
كوقف الدرهم والدينار بخلاف العقار فانه متابد وبخلاف الكراع والسلاح لورود الاثر
فيه وبخلاف ما عددناه للتعامل فبقي ما وراء ذلك على اصل القياس لان العقار يتابد والجهاد
سنام الدين فلم يكن غيرهما في معناهما قال ولا يجوز تمليكه ويجيز القسمه في المشاع
اما امتناع التمليك فلانه اذا صح الوقف ولزم كان ازالة ملك لا الى مالك فلم يصح تمليكه
كالعتق واما جواز القسمه عند ابي يوسف فلانها تمييز وافراز نظرا للوقف وان كانت
حقيقته مبادلة احد النصيبين بالاخر الا ان الغالب معنى الافراز لو وقع الاجارة في القسمه

ولو غلب معنى المبادله لما صح الا بالتراضي لان التراضي شرط المبادله فلم يكن في معنى
البيع والتمليك فيصح قال ويبدا بعمارته مطلقا معنى الاطلاق انه يجب الابتداء
بعمارة رقبة الوقف سوا شرط ذلك الواقف او لم يشترطه وذلك لان المقصود من الوقف
هو التصدق بالغله دائما على وجه التابيد ولن يبقى كذلك الا وان يكون العماره مستثناه
كالة الوقف قال فان وقف دارا على سكنى ولده عمرها لان المنفعه وهي السكنى
لا تحصل الا بالعماره فكانت على الساكن كنفقة العبد الموصى بخدمته قال فان امتنع او افتقر
اجرها الحاكم وعمرها ثم ردها اليه في التقييد بالحاكم فائدة وهي ان من له السكنى لا يوجرها لانه
غير مالك لذلك وانما له السكنى وانما لا يجبر على العماره لان في ذلك اتلاف ماله فصار كما اذا امتنع
صاحب البذر في المزارعه ولا يلزم ان يبطل حقه من السكنى بامتناعه من العماره لان الامتناع يجوز ان
يكون لرضاه ببطلان حقه ويجوز ان يكون لعلمه بان على الحاكم ان يوجرها فيعمرها باجرتها ثم يردها
اليه فكان في حيز التردد فلم يسقط حقه وانما كان على الحاكم فعل ذلك لان فيه جمعا بين حق
الواقف وحق من له السكنى فانه اذا لم يعمرها الحاكم ولا الساكن يفوت السكنى مطلقا فالعماره مع
تحصيل السكنى اولى من التعطيل وللقاضي الولايه في ذلك كما لو امتنع من الانفاق على عبده او
بهيمته قال وصرف ما انهدم من الوقف في عمارته ان احتيج والا حبس للحاجه فان تعذر — يبين ص
اعادة العين بيع في العماره ولا يقسم مستحقيه اما ان الحاكم صرف ما انهدم من الوقف والته
في عمارته فلما مر من ان عمارة رقبة الوقف واجبه ليبقى على وجه التابيد فان لم يكن للوقف
حاجة اليه في الحال احتاط في حفظها لوقت الحاجه اليها ليصرفه في عمارتها لئلا يتعذر عند — لها
وقت الضروره فيبطل المقصود من الوقف فان امتنع صرف عينها في موضعها فان الحاكم يبيعها
ويصرف الثمن في المرمه صرفا للبدل مقام المبدل عند تعذر استعماله ولا يجوز قسمته النقض
بين مستحقي الوقف لان حقهم في المنفعه دون العين فان العين حق الله فلا يصرف اليهم الا ما هو
حقهم

فصل في اجارة الوقف وابانته

قال يتبع شرط الواقف
في اجارته فان اهمله فقيل يطلق وقيل يقدر بسنة ويختار للفتوى ان توجر الضياع ثلث
سنين وغيرها سنه هذا الفصل جميعه من الزوائد اما وجوب اتباع شرط الواقف فلانه
لم يخرج ملك نفسه الا بشرط معلوم فيتقيد بما قيده به من الشرط فان اهمل ذلك ولم
يقيد الاجارة بمدة قال المتقدمون من اصحابنا يجوز اجارته اي مدة كانت وقال
المتاخرون لا يجوز اجارته اكثر من سنة واحدة لانه اذا طالت مدة الاجارة ادى ذلك الى تملك
الوقف واندراسه وانما قالوا ذلك لغلبة اهل الظلم والفسق وقيل يجوز في الضياع ثلث سنين

ولا يؤجر غيرها الا سنة واحدة وهذا هو المختار للفتوى لان الرغبات في الضياع لا يتوهم
اذا انقضت المدة عن ذلك وفي غيرها لا ضرورة الى الزيادة على السنة فتقيد بها
قال ولا يؤجر الا بأجر المثل اجارة الوقف بدون اجرة المثل لا يصح لانها اضرار
بالموقوف عليهم ودفع الضرر عن الفقراء واجب قال ولا ينقض ان زادت الاجرة
لكثرة الرغبة اذا اجر الوقف بأجرة المثل ثم كثرت الرغبات فزادت اجرته لا ينقض
الاجارة لان المعتبر هو اجر المثل يوم العقد وفي قوله لكثرة الرغبة فائدة وهي ان الاجرة اذا
زادت في نفسها لا لرغبة راغب ولا زيادة من قبل متعنت بل لغلو سعرها عند الكل فان الاجارة
تنقض ويعقد عقدا ثانيا ويجب المسمى بالاجارة الاولى الى حين الزيادة ويجب اجر المثل
من بعد بالاجارة الثانية فان كان في الارض زرع لم يستحصد لم تنقض الاجارة بل يجب
اجر المثل من حين الزيادة الى انتهاء المدة قال وليس للموقوف عليه ان يؤجر الا بنيابة
او ولاية فان مات وقد عقد لم ينفسخ ليس للموقوف عليه اذا لم يكن متوليا على الوقف او نائبا
من جهة الحاكم ان يؤجر لانه لا يملك ذلك لانه لا يملك الا الغلة دون العين والتصرف بالاجارة الى
من له الولاية في ذلك فان كان نائبا او وليا فأجر ثم مات لم ينفسخ الاجارة بموته كالوكيل كان مه
عن الموقوف عليهم وموت الوكيل لا يوجب فسخ عقوده قال ولا يعار ولا يرهن
وان يلفت منافعه او غصب عقاره يختار وجوب الضمان اما الاعارة والارهان
فلا يجوز لتضمنه ابطال حق الموقوف عليهم فلو سكنه المرتهن وجب عليه اجر المثل
ولذلك لو باع المتولي منزلا موقوفا فسكنه المشتري ثم نقض البيع وجب على المشتري اجر
المثل عن سكناه ومنافع الوقف مضمونة في المختار للفتوى ولذلك غصب عقاره
نظرا للوقف قال ويجوز الشهادة بالشهرة لاثباته وهذا المذكور قول
محمد وهو المختار وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه لو لم يجز ذلك ادى الى استهلاك
الاوقاف لتقدمه والصحيح انه تقبل بالتسامع في اصل الوقف دون شرطه لان اصله
هو الذي يشتهر دون شرطه وينبغي للشاهد بالتسامع ان يطلق اداء الشهادة فاذا فسر
للقاضي ان شهادته مبنية على التسامع لم تقبل كما ان معاينة اليد في الملك المطلق
لاداء الشهادة ثم اذا فسر لا تسمع كذا هذا ه

كتاب الغصب

الغصب تصرف منهي عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه وقد قال تعالى لا تأكلوا

اموالكم بينكم بالباطل وقال صلى الله عليه وسلم المسلم على المسلم حرام كله ماله ودمه
وعرضه وعلى حرمته انعقد الاجماع والغصب على ضربين ضرب لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع
عن جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن انه ملكه او تملكه ممن هو في يده وتصرف فيه
واستهلكه ثم ظهر انه لغيره لقوله صلى الله عليه رفع عن امتي الخطا والنسيان والمراد الاثم
وضرب يتعلق به الاثم وهو المأخوذ على وجه التعدي فانه يأثم بأخذه وبامساكه والغصب
في اللغة اخذ الشيء ظلما وفي الشرع يختلف تفسيره باختلاف المذاهب فعند الشافعي اثبات
اليد على مال الغير بدون اذن مالكه وعندنا اخذ مال متقوم محترم مملوك للغير بالتغلب
على وجه يتضمن تفويت يد المالك تعديا فالشافعي رحمه الله يقول الشرع لم يطلق له اثبات
يده على مال الغير الا باذن منه فاذا لم يوجد منه الاذن عدم المطلق الشرعي وكان الفعل
منه تعديا موجبا للضمان ونحن نقول ان الضمان شرع جبرا والجبر يعتمد الفوات وبالفوات
تحقق معنى التعدي فان الاموال مخلوقة للاستيلاء عليها والمنع عن الاستيلاء انما يكون
بعارض وهو تعلق حق الغير بها فكل تصرف يتضمن تفويت الحق على المالك كان تصرفا ممنوعا عنه
في الشرع فكان الركن في صفة التعدي ولجاب الضمان التفويت على المالك فلو استخدم
مملوك غيره بغير امره او ركب دابته او حمل عليها او ساقها فهلكت كان غاصبا لانه اثبت
اليد المفوتة ولو جلس على بساط غيره او هبت الريح بثوب انسان فالقته في حجره لا يكون
غاصبا حتى ينقله او يمسكه وقبول النقل والتحويل في المغصوب مذهب ابي حنيفة وابي يوسف
الاخير خلافا لمحمد والشافعي على ما بيناه في موضعه ان شاء الله قال يجب على
الغاصب رد عين المغصوب في مكان غصبه فان هلك ضمن مثله ان كان مثليا والا فقيمته يوم
غصبه وان نقص ضمن النقصان اما وجوب رد العين المغصوبة فمعناه ما دامت العين
قائمة ويفهم ذلك من قوله بعده فان هلك تعلق الضمان بالهلاك دليل على ان الرد مشروط
بقيام العين وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد وقوله عليه
السلام لا يحل لاحد ان يأخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده ولانه لما فوت يد
المالك عن العين المغصوبة تعديا وهي حقه وجب عليه اعادة حقه برد يده وانما شرط مكان
الغصب وهو من الزوائد لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن والموجب الاصلي هو رد العين
وانما يخلف رد القيمة خلفا عنها لان القيمة مثل معنوي نظرا الى المالية فكان قاصرا او قيل
بل هو على العكس من ذلك واذا هلك المغصوب وكان مما له مثل كالمكيل والموزون وجب
عليه مثله واطلق في المتن الهلاك ليشمل ما اذا هلك بفعله او هلك بفعل غيره فانه سوا

في وجوب الضمان لان السبب هو الغصب في وجوب الضمان فاذا عجز عن رد العين
وجب البدل مستندا الى زمان وجود السبب لان ذلك هو الاعدل لاشتماله على
رعاية الجنس والمالية فكان ادفع للضرر وان لم يكن مما له مثل كالعدديات المتفاوتة
فعليه قيمته يوم غصبه لانه لما تعذر رعاية الحق في الجنس وجب مراعاته في المالية
دفعا للضرر بالقدر الممكن واما العدديات المتقاربة كالبيض والجوز فهي كالمكيل
يجب مثلها لقلة التفاوت وانما قيده يوم الغصب لانه هو السبب وبه دخل في
ضمانه واما ضمان النقصان فهو اعتبار البعض بالكل قال وان انقطع المثل
فوجوبها يوم القضا ويعتبر يوم الغصب لا الانقطاع اذا انقطع جنس المغصوب فوجبت
عليه القيمة قال ابو حنيفة تجب يوم الخصومة والقضا وقال ابو يوسف تجب يوم الغصب
وقال محمد تجب يوم انقطاع الجنس لان الواجب انما هو المثل وانما ينتقل الى القيمة
عند انقطاعه فيجب حينئذ ولابي يوسف انه لما انقطع المثل التحق بما لا مثل له والحكم
فيه ان تجب القيمة يوم الغصب لانه يوم انعقاد سبب الضمان ولابي حنيفة ان نفس الانقطاع
ليس مؤثرا في وجوب القيمة الا ترى انه لو صبر الى حين يوجد جنسه فيعطيه كان له ذلك واما
الانتقال الى القيمة بقضا القاضي فيعتبر يوم الخصومة والقضا وهذا الخلاف فيما لا مثل له فلان
المطالبة في ذلك بالقيمة باصل الغصب فاعتبر فيه زمان انعقاد السبب قال واذا
ادعى الهلاك حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية اظهرها ثم قضى عليه بالبدل وهذا لان
الغاصب يدعي خلاف الظاهر اذ الظاهر هو البقا والهلاك عارض فلا يقبل فيه قوله ونظيره
دعوى الافلاس ممن عليه من متاع فانه يحبس الى ان يعلم صدق دعواه ومدة الحبس مذكورة
في الحجر فاذا علم الهلاك سقط رد العين فلزم رد البدل فيقضى به قال
واذا غيب المغصوب فقضى بالقيمة يملكه اياه وقال الشافعي لا يملك الغاصب
المغصوب اذا قضى عليه بالبدل لان الملك نعمة فلا ينال بسبب محظور وهو الغصب
وصار كما في غصب المدبر وتقريره انه فوت ملك اليد الثابتة في المغصوب للمالك
عليه بغصبه ذلك ان يجب الملك للمغصوب منه في الضمان بدلا عينيا لكن ايجاب ذلك
مع رعاية المماثلة غير ممكن لان يد المالك كانت يدا يمكن معها من الانتفاع بالعين
وهذا لا يتصور بدون ملك العين فاثبتناه ضرورة وما ثبت ضرورة غيره كان
عدما في حق نفسه فالمغصوب في حق ملك العين على ما كان كما في المدبر فانه يثبت
للمولى ملك العين في الضمان مع ان الغاصب لم يفوت عليه الا ملك اليد ولنا ان المغصوب

منه ملك بدل العين ولا يمكن ايجاب الضمان الا وان يجعل المغصوب كالهالك
في حق الرد لان المصير الى البدل عند العجز عن الاصل لتصير رد العين معنى بمنزلة البدل
مما يقبل النقل من ملك الى ملك فيجب الحكم بملكه اياه من حين الغصب دفعا للضرر
عنه وتحرزا عن اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد والملك ليس ثابتا بالغصب قصدا
لكنه ثابت شرط الحكم شرعي وهو وجوب الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء
الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الحكم تابع له فيحسن بحسنه وان قبح لو كان
مقصودا بالغصب واما المدبر فانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق المدبر فعلمنا
خروجه عن ملك المولى لكونه مالا مملوكا تحقيقا للشرط وهو الضمان ولم يدخل في
ملك الغاصب صيانة لحقه ولان ضمان المدبر جعل مقابلا بالفائت وهو اليد دون
الرقبة وهذا الضمان جاز ان يجعل مقابلة المال لما ليس بمال كما في الدية لكنه لا يصار اليه
الا عند العجز عن المقابلة بالمال وقد وجد ههنا فوجب الضمان وان لم يدخل في ملك
الغاصب قال والقول قوله مع يمينه في القيمة الا ان يبرهن المالك انها اكثر
لان البينة حجة ملزمة فيعمل بها فاذا لم يقم المالك البينة على مقدارها وهو يدعي الزيادة
والغاصب منكرها قبل قوله مع يمينه اذ اليمين على المنكر قال فان ظهرت
وقد ضمنه بنكوله او بقول المالك او بينته فلا خيار او بقول الغاصب مع يمينه خير
المالك بين امضا الضمان والاخذ ورد العوض اما عدم خيار المالك فيما اذا ظهر
المغصوب مضمونا بقول المالك او بينة اقامها او نكول الغاصب عن اليمين فلان
الملك ثبت للغاصب بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى ذلك المقدار واما ثبوت
الخيار للمالك فيما اذا ضمن بقول الغاصب مع اليمين فلان الرضا لم يتم حيث ادعى ان
مقدار الضمان اكثر وانما اخذ الاقل لعدم الحجة على اخذ الزيادة لا بناء على وجود الرضا
قال صاحب الهداية ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه وقد ضمن
بقوله مع يمينه فالخيار ثابت في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا
خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعطه ما ادعاه وللخيار لفوات الرضا قال
ولو برهن كل منهما على هلاكه عند الاخر يرجح المالك ورجح الغاصب وهذا ظاهر
المذهب ه اذا غصب دابة وادعى انه ردها الى مالكها واقام بينة انها نفقت
عنده واقام المالك بينة انها نفقت عند الغاصب قال ابو يوسف ترجح بينة
المالك لان المقصود من سماع البينة وجوب الضمان وبينة المالك مثبتة وبينة الغاصب

دافعة وكانت المثبتة اولى لمحمد وهو ظاهر المذهب ذكره في الجامع والاشارة الى ذلك من الزوايد ان ضمان الغصب ثابت بنفس الغصب والغصب ظاهر فلا حاجة الى اثباته واما الغاصب يدعي زوال ذلك الضمان والمالك ينكره فكانت بينة المالك دافعة وبينة الغاصب مثبتة فكانت هي اولى قال وضمن ما نقص العقار بفعله وسكناه هذا متفق عليه لان ذلك من باب الاتلاف والعقار يضمن بالاتلاف كما اذا نقل ترابه قال وضمنه بهلاكه   هذه المسئلة مبنية على اصل مختلف وهو ان العقار هل يرد عليه الغصب فعند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا لا غصب الا في المنقول والغصب لا يرد على العقار فلا ضمن عندهما بالهلاك ولا بالاستحقاق وعند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقول الشافعي يرد عليه الغصب فيضمن بالهلاك فمن اصل الشافعي ان حد الغصب اثبات يد التعدي على مال الغير والعقار يتصور اثبات اليد عليه فان الاثبات على معنى الاحتوا على الشيء ليس مرادا ولكن الاثبات بمعنى التصرف والانتفاع بالمحل وانه متصور فيه واذا اتحد الغصب اتحد حكمه ومحمد رحمه الله يعتبر ازالة اليد معنى لان ازالة يعتبر من حيث يعتبر الثبوت وهذا المحل ثابت في اليد انتفاعا وارتفاقا به وقد زالت ملك اليد المنتفعة بالمحل بثبوت يد الغاصب لانه لا يتصور اجتماع يدين من جنس واحد في المحل الواحد ومتى انتفت يد المالك باثبات يده على المحل وجب الضمان وصار كالمنقول وجحود الوديعة وابو حنيفة وابو يوسف يقولان حد الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين لان الضمان وجب على سبيل الجبر وانه يعتمد التعدي والتفويت وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراج المالك عنه وذلك فعل في المالك لا في العين فصار كما لو منعه من حفظ ماله حتى هلك بخلاف المنقول لان النقل فعل في العين وهو الغصب واما مسئلة جحود الوديعة ممنوعة ولئن سلمت فالضمان مبني على تركه الحفظ الذي التزمه وبالجحود حصل الترك قال   واذا تغيرت العين بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها ملكه اداها ولا ينتفع بها حتى يؤدي البدل والقياس الحل وهو رواية كما لو ذبح شاة وطبخها او شواها او طحن حنطة او زرعها او خبز دقيقا او جعل الصفر انية والحديد سيفا او بنى على ساجة او عصر زيتونا او عنبا او غزل قطنا او نسج غزلا   ذكر اصلا ثم مثل بالفروع المبنية عليه وخلاف الشافعي في الجميع ومذهبه رواية عن ابي يوسف الا انه اذا اختار ان ياخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لادائه الى الربا وعند الشافعي يضمنه النقصان للشافعي ان الاوصاف تابعة للعين والملك ثبت ببقاء العين وهي باقية فيبقى الملك كما اذا القت

الريح حنطة في طاحونة فطحنت ولا اعتبار بفعل الغاصب لانه محظور فلا يصلح سببا للملك وهو نحوه ولنا انه لما احدث في المغصوب صنعة متقومة صار حق المالك هالكا من وجه يدل عليه تبدل الاسم وفوات المقاصد وحق الغاصب في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح على الاصل الغايب من وجه والملك لا يضاف الى المحظور وانما هو مضاف الى احداث الصنعة قوله ولا ينتفع بها حتى يؤدي البدل هذا استحسان والقياس ان يحل له الانتفاع بها قبل اداء البدل وهو مذهب الحسن وزفر ورواه الفقيه ابو الليث عن ابي حنيفة ان الحل مضاف الى السبب المطلق للتصرف وهو قايم ولهذا لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال في شاة ذبحت وصليت بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى فانه يفيد الامر بالتصدق وزوال الملك وحرمة الانتفاع قبل الارضا ولان في اباحة التصرف قبل الارضا فتح باب الغصب فيحرم حسما لمادة الفساد واما نفاذ البيع والهبة مع الحرمة فلقيام الملك كما في الملك الفاسد ووجه الاباحة عند الاداء ان حصول المبادلة بينه وبين الغاصب بالتراضي وكذا لو ابراه لسقوط حقه بالابراء ولنا وجه اخر في الساجة اذا بني عليها ان فيما قاله اضرارا بالغاصب حيث ينقض بناه من غير خلف وفيما ذهبنا اليه رعاية الحقين وضرر المالك يندفع بالجابر القيمة وصار كما خاط بخيط مغصوب بطن عبده او ادخل لوحا مغصوبا في سفينة فانه تجب القيمة فيها اجماعا والاشارة الى القياس والرواية وزرع الحنطة وخبزها والبنا على الساجة وعصر الزيتون والعنب والغزل والنسج من الزوايد قال   ولو غصب تبرا فصاغه انية او ضربه دنانير فهي للمالك وقالا ملكها الغاصب وعليه المثل لانه باحداث الصنعة المتقومة صار حق المالك هالكا من وجه لانه كسره وفوت مقاصده وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح فانه صار صالحا لراس المال في المضاربة والشركة والتبر لا يصلح لذلك وله ان العين باقية لبقاء الاسم ومنفعة الثمنية التي هي الاصل والوزن فيدل على قيام العين جريان الربا فيه باعتباره واما صلاحيته لراس المال فهو من احكام الصنعة واما التقوم فليس بثابت مطلقا الا ترى انه اذا قوبل بجنسه سقط التقوم قال   ولو ذبح شاة غيره او قطع عضوا منها فان شا المالك اخذها وضمنه نقصانها او سلمها وضمنه قيمتها وهذا لان الذبح اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الدر والنسل وبقاء بعض المقاصد وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب هذا اذا كانت الدابة مما يوكل لحمه واذا لم يكن فقطع طرفا منها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها

لان ذلك استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث ياخذه مع ارش
القطع لبقاء الانتفاع به بعد القطع قال وان خرق ثوبا فابطل عامة منفعته ضمنه وان
كان يسيرا ضمن نقصانه اما الاول فلانه اذا ابطل عامة منفعته فقد استهلكه معنى فصار
كما اذا احرقه واذا ضمن جميع قيمته ترك الثوب للغاصب تحرزا عن اجتماع البدلين في ملك
واحد وان امسك الثوب ضمنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع واما الثاني فلانه
لم يفوت شيئا من المنافع بل احدث به عيبا واختلف في الفاحش قيل هو ان يوجب
نقصان ربع القيمة وقيل ما ينقص به نصف القيمة والصحيح ما يفوت به بعض المنافع واليسير ما لا
يفوت به شي من المنفعة بل يدخله نقصان عيب قال وان بنى في ارض او غرس فرغها وسلمها
فان نقصت به كان للمالك ان يضمن قيمة غرسه او بنائه مقلوعا ويكون له الاصل فيه قوله صلى
الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق قيل في معناه انه اذا غرس في ملكه فخرجت عروق الغرس
الى ارض جاره او اغصان الشجرة فانه لا يستحق الموضع الذي تحت الاغصان والعروق
اليه لا ظالمة لانها حاصلة في غير موضعها وقيل ان يتعدى في احيا الموات فيدخل في حق
الغير ولا يستحق بذلك شيئا من ملك الغير وما نحن فيه غرس في غير الملك فهو اشد ظلما
ولانه يفقد سبب الملك اما لان الغصب لا يرد على الارض واما لانها لم تصر مستهلكة
بذلك فيكون ملكه للمالك في الارض فانما يجب التفريغ لان شغل ملك الغير بغير اذنه غير
جائز كما اذا شغل طرف غيره بطعامه فان نقصت الارض بواسطة التفريغ فللمالك
ان يضمن له قيمة ما غرس او بنى مقلوعا اي مستحق القلع ويتملكه لان في ذلك نظرا للغاصب
والمالك وكيفية التقويم ان تقوم الارض بدون شجر وبنا وتقوم وبها شجر او بنا
لصاحب الارض ان يامره بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار لما احدث في الارض مقوم
مامورا بقلعه ثم يضمن ما بينهما قال ويضمن المسلم قيمة ما اتلف من خمر
ذمي والذمي مثلها اذا اتلف المسلم خمر الذمي وخنزيره ضمن قيمتهما وان اتلفه
على مسلم لم يضمنهما وان يتلف الذمي خمر الذمي ضمن مثلها او خنزيره ضمن القيمة
وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف الذمي اذا
اتلف على ذمي او باعهما عليه له ان الضمان يستدعي رعاية المماثلة بين ما ليس بمتقوم
في حق المسلم بل هو مهان وبين المال المتقوم الذي هو الضمان واذا لم يكن متقومة في
حق المسلم واهل الذمة اتباعنا نطرد الحكم في حقهم ولنا ان التقوم باق
في حقهم وقد امرنا بتركهم وما يدينون به والسيف موضوع بعد الالتزام

ومتى بقي التقوم فقد اتلف مالا متقوما مملوكا لغيره فيوجب ضمانه وهذا بخلاف
الميتة والدم لعدم تقومهما في سائر الاديان وانما وجب على المسلم قيمة الخمر وان
كان مثليا لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه لكونه اعزازا لها امرنا باهانته والذمي
غير ممنوع عن ذلك بخلاف عقد الربا لانه مستثنى عن عقودهم قال فلو اسلم
بعد اتلافها سرئه واوجب القيمة والقولان واتنان اذا اتلف ذمي خمر ذمي
ثم اسلم المتلف برئ عن الضمان عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وقال
محمد وهو رواية عنه ايضا عليه القيمة لانه عجز عن تسليم مثلها شرعا فيجب تسليم
القيمة لان المتلف مال متقوم في حق الذمي فصار كما اذا اتلفها مسلم ولابي يوسف
انه حين الاتلاف وجب عليه مثلها فاذا اسلم صار ممنوعا عن تملكها وتمليكها ولا يمكن
ايجاب القيمة لان ما وقع منه لم يقع موجبا للقيمة ولم يوجد سبب موجب لها من بعد
وصار كما لو اسلم المتلف عليه قال ولا ضمان في خمر سفكه لاراقتها وما اتلفه رجل
شق زق خمر لمسلم منها له بذلك عن المنكر قال ابو يوسف لا ضمان عليه في الزق
وقال محمد يضمنه لان الزق مال متقوم فكان مضمونا بالاتلاف كسائر الاموال المتقومة
والحسبة يمكن اقامتها بالاراقة ولابي يوسف ان هذا الفعل منه صدر لاقامة الامر
بالمعروف والنهي عن المنكر وقد لا يتيسر الاراقة بدون الشق فيكون مأذونا
له في ذلك شرعا كما قلنا في كسر المعازف قال ولو كسر معزفا لغيره فهو
ضامن قال ابو حنيفة رحمه الله اذا كسر دف مسلم او طبله او مزماره او شيئا
اخر من الملاهي التي امسكت في البيت لا للهو ضمن قيمتها وقالا لا ضمان عليه لانه محتسب ولا
ضمان على المحتسب وله انه اتلف مالا متقوما منتفعا به من وجه اخر سوى التلهي فضمن
قيمته من ذلك الوجه كما اذا اتلف جارية مغنية فانه يضمن قيمتها غير مغنية كذا هذا
والحسبة ممكنة فاقامتها بالمنع والاخذ دون الاتلاف وهذه المسئلة مذكورة في السرقة
من باب ابي حنيفة وهي بهذا الموضع اليق فنقلناها اليه قال ولو ابق المغصوب
فرد على المالك فادى الجعل يمنعه من الرجوع على الغاصب وخالفه رجل غصب عبدا
فابق من يده فرده اخر على مولاه واخذ منه الجعل قال ابو يوسف ليس له ان يرجع
بالجعل على الغاصب وقال محمد له ذلك لانه ضمان لحقه بسبب وجد عند الغاصب
فيرجع به عليه كالدفع والفداء بالجناية بسبب كان عنده ولابي يوسف ان الجعل
كالاجرة على العمل والعامل عمل للمالك باحيا ملكه بالرد عليه فلا يرجع باجر عمل دفع

له على غيره قال ـــــ ويشتريه منه لو اعتقه ثم اجاز المالك فالعتق جائز وابطله
رجل غصب عبدا فاشتراه رجل من الغاصب ثم اعتقه ثم ان المالك اجاز البيع قال ابو
حنيفة صح العتق وقال محمد هو باطل لان بيع الفضولي غير منعقد في حق الحكم لعدم الولاية
فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير فوقع باطلا كما لو باعه هذا المشتري من اخر ثم اجاز البيع
الاول فان البيع الثاني باطل وكما لو اشترى عبدا بشرط الخيار للبائع ثلثا فاعتقه ثم تم
البيع بالاجازة في المدة او بمضيها فان العتق لا ينفذ بالاجماع وله ان بيع الفضولي
اثبت للمشتري ملكا موقوفا وانما توقف لحق المالك وضرره في النفاذ لا في التوقف
والاعتاق صادف الملك الموقوف فاذا اجيز البيع ينفذ فينفذ مستندا الى العقد
السابق فينفذ الاعتاق بنفاذه ضرورة توقفه الا ترى انه لو قطعت يد العبد بعد الشرا
واخذ المشتري الارش ثم اجيز البيع فالارش كله للمشتري لنفاذه من حين العقد على
وجه الاستناد بخلاف البيع الثاني لان الملك البات للمشتري الاول طرا على الملك
الموقوف للمشتري الثاني فابطله واما المسئلة الثانية فالبيع بشرط الخيار للبائع
مما ينفي رضاه بالبيع وخروج المبيع عن ملكه متوقف على رضاه فلم يثبت حكم العقد
اصلا في حق المشتري فلم يصادف العتق ملكه وههنا وجد البيع الا انه توقف حكمه
دفعا لضرر المالك فيكون العتق حاصلا في الملك الموقوف فينفذ بنفاذه وقول
ابي يوسف كقول ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وكقول محمد في رواية اخرى
قال ـــــ او قطع يديه فالمالك يضمنه ان سلمه اليه وقالا يمسكه ويأخذ
النقصان رجل غصب عبدا فقطع يديه او رجليه او فقأ عينيه قال ابو حنيفة يدفع
الجثة الى الجاني ويلزمه جميع قيمته وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان وقالا له ذلك
لانه جنى على مال غيره فيتخير المالك بين ان يدفع المال اليه ويضمنه القيمة وبين ان يمسكه
ويأخذ منه ما نقصته الجناية كالخرق الكبير في الثوب وله ان الشرع قدر ضمان
العينين واليدين بكل القيمة وليس الى العبد تحسين ما قدره الشرع فمن ضرورة تضمينه
العينين تسليم الجثة الى الغاصب والا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اعني بدل كل العبد وجثته
وان اراد امساك الجثة لم يكن له من النقصان شيء قال ـــــ او دبغ جلد ميتة ما له قيمة
ثم استهلكه فهو بريء وقالا يضمن قيمته ظاهرا اي جلد مذكى غير مدبوغ لهما
انه اتلف مالا متقوما للمالك فيضمن كما لو دبغه بما لا قيمة له وكما لو استهلكه غيره
وله ان تقومه مضاف الى ما زاده الغاصب فيه وهو تابع للاصل والاصل غير مضمون

عليه فكذا تابعه الا ترى انه لو هلك في يده لم يضمن بخلاف المدبوغ بما لا قيمة له
فانه ليس للغاصب فيه شيء متقوم الا ترى انه لو لم يستهلكه بل اخذه المالك فانه
اخذه مجانا وفي مسئلتنا لا يأخذه حتى يعطي الغاصب ما زاد الدبغ فيه وبخلاف ما لو
استهلكه غيره لان الاصل مضمون بالاتلاف على غير الغاصب فكذا التبع قال في
شرح مختلف الرواية ان المالك اذا لم يستهلك الغاصب الجلد ان شاء اخذ الجلد واعطى
الغاصب ما زاد الدباغ فيه وان شاء تركه وضمنه قيمة جلد طاهر كما لو صبغ ثوبا مغصوبا
باحمر قال بعض المشايخ والصحيح من المذهب انه ليس للمالك ان يضمنه قيمة جلد طاهر ويتركه
عليه لا سيما عند ابي حنيفة بخلاف الثوب فقبل الصبغ كان مالا متقوما ولا كذلك
الجلد حتى لو غصب جلد ذكية ودبغه بما له قيمة كان للمالك ان يضمنه قيمته غير مدبوغ
ويتركه عليه ان شاء وان شاء اخذه واعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه قال ـــــ
والسواد في الصبغ نقصان وقيل هو اختلاف زمان رجل غصب ثوبا فصبغه اسود
قال ابو حنيفة هذا بمنزلة خرق الثوب وقالا هو زيادة كما لو صبغه بحمرة وهذا الخلاف
عرف وزمان فان الناس في زمن ابي حنيفة لم يكونوا يلبسوا الثياب السود [illegible]
وفي زمنهما صار السواد شعارا للدولة العباسية فصار السواد من اشرف الملابس
وانفسها حتى قيل في ذلك كيف لا اشرف السواد وقد صار شعارا على بني العباس
فلم يكن الخلاف مبنيا على الدليل والتنبيه على ذلك من الزوائد قال ـــــ ولو صبغه
احمر او لت سويقه بسمن فان شاء اخذهما ورد ما زاد الصبغ والسمن فيهما او ضمنه
قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما لان في اثبات الخيار رعاية الجانبين على
ما بينا من قبل وصاحب الثوب صاحب الاصل فكان الخيار له وانما وجب مثل
السويق لانه مثلي وقيل يجب قيمته بناء على انه يتغير بالقلي الا ان التفاوت قليل
فلم يخرجه عن كونه مثليا قال ـــــ ولو اطعم المالك ما غصبه منه ولم يعلمه
بري عنه اذا اطعم الغاصب الطعام المغصوب مالكه ولم يعلمه انه ملكه بري
عن الضمان عندنا وقال الشافعي عليه ضمانه وعلى هذا لو غصب ثوبه فالبسه المالك
فلبسه حتى تخرق له ان سبب الضمان قائم وهو الغصب فلا يبرا عنه الا بالاداء
وبالابرا من المالك ولم يوجد واحد منهما ولنا انه اسقط سبب الضمان بالرد
على المالك فكان لم يكن قال ـــــ ولا يضمنه زوائد المغصوب مطلقا الا بالتعدي
او بالمنع بعد الطلب زوائد الغصب امانة في يد الغاصب ومعنى الاطلاق انه سوا

كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والثمرة والصوف واللبن
اذا تلفت من غير تعد من الغاصب لا يضمنها وان تعدى فيها بان اتلفه او اكله او
ذبحه او باعه وسلمه او طلبها مالكها فمنعه اياها ضمنها وقال الشافعي عليه الضمان
مطلقا لوجود حد الغصب وهو اثبات اليد العادية على مال الغير بغير رضاه على ما مر
وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فانها مضمونة عليه ولنا
ان الغاصب لم يوجد فانه اثبات اليد على مال الغير وجه يزيل يد المالك بفعل في المحل
يفوت به شيء كان ثابتا للمالك فيه او ما يقوم مقام التفويت كالامتناع من الرد بعد
طلب صاحب الحق لما بيناه واذا لم يوجد غصب الزوائد بهذا التفسير لا يجب الضمان
لاستحالة ثبوت الحكم من غير ثبوت السبب لان يد المالك لم يكن ثابتة على الزوائد
فتزال بالغصب وملك المالك ثابت فيه فاذا تعدى فيها ضمن كما تضمن الامانات
واما ولد الظبية فان هلكت قبل التمكن من الارسال فلا ضمان لعدم المنع واما اذا
تمكن من الارسال وامتنع منه فهلكت ضمن لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو
الشرع قال صاحب الهداية وعلى هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان
جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو
اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال ولا المنافع استوفاها او عطلها
منافع المغصوب غير مضمونة عندنا سواء صرفها الى نفسه او عطلها على المالك وقال
الشافعي هي مضمونة في الحالين لان المنافع جارية مجرى الاعيان لانها تضمن بالعقود
وقد ثبتت يده العادية عليها فكان اثبات اليد على المغصوب تفويتا لمنافعه المستحقة للمالك
عليه فيكون اثبات اليد على مال الغير اعني المنافع الملحقة بالاعيان صفة التعدي
فايهما ضمن ولنا ان المنافع حصلت على ملك الغاصب لانها لم تحدث في يد المالك
لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملك نفسه على انه
لا يتحقق غصب المنافع واتلافها لانه لا بقاء لها ولان ضمان العدوان يستدعي
المماثلة ولم يضمن منافع مثلها اجماعا فالاولى ان لا يضمن بجواهر الاعيان
لعدم المماثلة بين العرض والجوهر وهي غير متقومة في نفسها وتقومها ضروري
بواسطة العقد الا انه اذا انتقص بسبب استعماله وجب ضمان النقصان لاستهلاكه
بعض اجزاء العين قال والزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم الغاصب اذا
غصب عبدا فزاد عنده زيادة متصلة كالسمن والجمال باعه الغاصب وسلمه الى المشتري

قال ابو حنيفة لا ضمان الزيادة وقالا يضمنها لانه فوت على المالك مكنة الاسترداد
بواسطة البيع والتسليم وهو سبب آخر للضمان غير نفس الغصب لان مكنة الاسترداد
كانت موجودة للمالك الى حين التسليم بعد البيع فاذا فوت المكنة ضمن كالغاصب من
الغاصب لانه مفوت مكنة الاسترداد فصار كالزيادة المنفصلة وله ان مكنة الاسترداد
انما تعتمد سببا للضمان في محل تصور ورود الغصب عليه وهذا المحل مغصوب وغصب
المغصوب تحصيل الحاصل الا ترى ان استخدام العبد بعد غصبه لا يعد غصبا وان كان
في الابتداء غصبا فلم يكن هذا التفويت ملحقا بالغصب فلم يكن سببا للضمان
بخلاف المنفصلة لانه سلمها وباعها فصار غاصبا بتفويت مكنة الاسترداد
ولان سبب الضمان اخراج المحل من ان يكون منتفعا به في حق المالك ولم يوجد لان
الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حق المالك لعدم يده عليها قال وضمن ما نقصت
الجارية بالولادة الا ان في الولد جبره فيسقطه رجل غصب جارية فولدت عنده
ونقصت بالولادة فهو في ضمان الغاصب فان كانت في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وهذا استحسان وان لم يف بذلك الجبر بقدره
وضمن الباقي وقال زفر والشافعي لا يسقط ضمانه ولا يجبر النقصان بالولد وهو القياس
لان النقصان حصل في ضمانه حقيقة وهو قائم فلا بد من الجبر والولد لا يصلح جابرا لان
الفائت ملكه والولد ملكه وملكه لا يجبر ملكه ووجه الاستحسان ان الولد
حصل بالولادة وكذا النقصان فاتحد سبب النقصان والزيادة فيمنع ظهور النقصان
قوله بان ملكه لا يجبر ملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلم نحتج الى الجبر
قال ولو حبلت فردها فماتت في نفاسها فعليه قيمتها يوم العلوق وبالانفصال
لحبل في الاصح اذا غصب جارية فزنا بها هو او غيره فحبلت عنده ثم ردها الى
مولاها فماتت عنده في نفاسها ضمن الغاصب قيمتها يوم علقت عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن شيئا ذكره في المختلف والصحيح ما ذكره قاضي خان ان عليه ضمان
ضمان نقصان الحبل عندهما فالا حصل التلف بسبب وجد عند المالك وهو الولادة
فلا يضمن الغاصب كمن اشترى جارية فوجدها حاملا فولدت وماتت في نفاسها انه
يرجع بنقصان الحبل دون الثمن وكذا لو حمت فردها فماتت عند المالك ضمن النقصان
او زنت عند الغاصب فردها فجلدت فماتت بالجلد وله انه غصبها فارغة عن سبب
الهلاك وردها مشغولة به فلم يصح الرد اذ الرد بعض الاخذ وانه يستدعي الحاد

الصفة في حالتي الاخذ والرد كما لو حمت عند الغاصب فردها على المالك فقتلت في
يده بتلك الجناية قصاصا فانه يرجع على الغاصب بقيمتها وهذا لان الحبل سبب لانفصال
الولد الذي هو سبب توارد الالام الذي هي سبب الموت بخلاف ما استشهد له اما
المرض فلعجز الطبيعة عن دفع اثر الحمى المتوالية وذلك غير حاصل بالحمى الاولى التي كانت عند
الغاصب لانها غير موجبة لما بعدها واما الجلد فلان المشروع ضرب غير متلف ومثله
البيع ممنوعة والمذكور في المختلف ان الغاصب لا يضمن شيئا عندهما لانها تعيبت في يد
الغاصب بالحبل فلما ردها وولدت زال العيب فزال الضمان والنفاس حصل في يد
المالك فلا يضمنه الغاصب والصحيح ما ذكره قاضي خان لان التلف حصل بالنفاس
والنفاس بسبب الولادة والولادة بسبب الحبل فلم يصح لان الغصب زال بالولادة مع انه
باق ببقاء اثره والاشارة الى الصحيح من الزوايد

كتاب الوديعة

اشتقاق الوديعة من الودع وهو الترك ومنه دع هذا اي اتركه ومنه الموادعة في الحرب
تركها وقال عليه السلم لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم ثم ليكتبن
من الغافلين ويجوز ان يكون من الحفظ قال عليه السلم استودع الله دينك وامانتك اي
استحفظ الله اي اطلب منه حفظها فالوديعة الشرعية يوجد فيها كل من المعنيين فانها
تترك عند المودع لاجل الحفظ ولهذا يستحب لها ذو الامانة والديانة وهي مشروعة على
وجه الامانة دون الغرامة قال عليه السلم ليس على المستودع غير المغل ضمان ولا على المستعير
غير المغل ضمان وتثبت صريحا ودلالة فالصريح ان يقول اودعتك فيقول الاخر قبلت فيلزمه
الحفظ والدلالة ان يضعه عنده او يقول هذه وديعة عندك ويسكت الاخر صار مودعا حتى لو
غاب المالك ثم غاب الاخر فضاع ضمن لان ذلك ايداع وقبول عرفا والايجاب وحده كاف في
حق الامانة حتى لو قال للغاصب اودعتك المغصوب برئ عن الضمان من غير قبول لان كون
المال امانة حكم محض رب المال فيثبت به وحده واما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من
قبوله صريحا او دلالة قال من استودع كان امينا الامانة قبض الشيء لا على وجه البدل
والوثيقة فالبدل كالمقبوض على سوم الشراء او البيع الفاسد والوثيقة كقبض الرهن فانه
مقبوض على وجه الوثيقة والوديعة امانة اذا هلكت من غير تعد فلا ضمان لما روينا ولا
ن التزام الضمان يسد باب الاستيداع خوفا من الغرامة مع شدة الحاجة اليه فشرع امانة

لئلا تتعطل المصالح المتعلقة به قال فيحفظها بنفسه ومن في عياله ويعتبر
المساكنة وحدها وقيل مع النفقة قال صاحب النهاية المراد بمن في العيال من هو ساكن
معه وتجري عليه نفقته من اجيره وغلامه وامرأته وولده وغيرهم ويدخل فيه العبد الماذون
له الذي ماله في يده والشريك المفاوض وشريك العنان وان لم يكونوا في عياله وشرط
في الاجير ان يكون اجيرا مشاهرة وطعامه وكسوته على المستاجر واجير المياومة ليس من
عياله وذكر الحسام في الواقعات امرأة اودعت وديعة فدفعتها الى زوجها لا تضمن وان
لم يكن الزوج في عيالها لان العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة الا ترى ان الابن
اذا كان معهما ساكنا وليس في عيالهما فخرجا من المنزل وتركا المنزل على الابن لا يضمنان وهذا دليل
على ان العبرة للمساكنة وان لم تجر عليه النفقة وذلك لانه التزم حفظها بمثل ما يحفظ
به ماله وذلك بيده وحرزه والحرز فالدار والمنزل والحانوت ملكا كان او مستاجرا او مستعارا
واما اليد فيده ويد زوجته وامته وعبده واجيره الخاص وولده الكبير اذا كان في العيال
ولان المودع راض بذلك لانه يعلم ان استصحاب الوديعة معه دائما مع الاشتغال بحوائجه
والخروج لحاجته واذا فراضه غير متيسر فلا بد من الترك في منزله عند من هو في عياله فكان
ضروريا ولهذا لو نهاه عن ذلك لا يعتبر نهيه واعتبار المساكنة والنفقة من الزوايد
قال فان حفظها بغيرهم ضمن الا لخوف غرق او حرق اما ان الحفظ بغير من في العيال
موجب للضمان اذا تلفت فلان رب المال لم يرض بحفظ غيره اذ الناس يتفاوتون في الامانات واما
الاستثناء فاذا وقع في داره حريق او كان في سفينة فخاف الغرق فسلم الوديعة الى جاره
او سفينة اخرى لم يضمن لانه تعين ذلك طريقا الى الحفظ في مثل هذه الحالة فيكون مرضيا
للمالك ولا يقبل منه ذلك الا ببينة لانه يدعي وجود ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق
السبب فصار كدعوى الاذن في الايداع روي ذلك عن ابي يوسف قال وان نهاه
عن التسليم الى واحد منهم ولا بد له منه لم يعتبر هكذا ذكره في الجامع الصغير واطلاق
القدوري محمول عليه ومقيد به وهذا كما اذا اودعه دابة فنهاه عن التسليم الى غلامه وقد نهاه
عن التسليم اليه وكذا اذا كانت الوديعة مما يحفظها النساء فنهاه عن التسليم الى امرأته
فخالف لم يضمن لانه لا يمكنه اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن نهيه مفيدا
فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد
امكن العمل مع اعتبار الشرط فيعتبر وقد قيدت ههنا ما اطلقه في القدوري تحصيلا

لفائدة التقييد وهو من الزوائد قال ـــــ او امره بالحفظ في بيت من دار فحفظ
في بيت اخر منها مساوٍ له لم يضمن بخلاف المخالفة في الدار اما الاول فلان الشرط غير
مفيد لان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز واما الثاني وهو اختلاف
الدار فالشرط مفيد لانهما يتفاوتان في الحرز ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان
كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة وكان البيت المنهي عن الحفظ فيه مشتملا على عورة ظاهرة
فان الشرط يصح وينزل ذلك منزلة دارين وهذا شرط في المنظومة وزاد لفظة المساواة بينهما قال
وان خلطها بجنسها حتى لا تتميز فهو ضامن وقالا لا شاركه ان شا الخلط على وجوه اربعة
احدها خلط الجنس بالجنس كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدراهم البيض بالبيض والسود
بالسود والثاني خلط الجنس بغيره كالحنطة بالشعير والخل بالزيت ونحو ذلك والثالث خلط
المائع بجنسه والرابع خلط المائع بغير جنسه فعند ابي حنيفة الخلط استهلاك في الوجوه كلها
فيضمنها وينقطع حق المودع عنها وعندهما الحكم كذلك في الوجه الثاني لكونه استهلاكا
صورة ومعنى وعندهما في الوجه الاول وهو المذكور في المتن ان شا شركه فيه وان
شا ضمنه لانه ان امتنع وصوله الى عين حقه صورة فقد امكنه ذلك معنى بواسطة القسمة
فلم يكن استهلاكا من كل وجه فيتخير وله انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول
الى عين حقه والقسمة تثبت بعد ثبوت الشركة فلا تصلح موجبة لها واما الوجه الثالث
فعند ابي يوسف يجعل الاقل تبعا للاكثر اعتبارا للغالب وعند محمد هو شركة بكل حال
ولو اذاب الدراهم والدنانير وخلطها فهو من الوجه الثالث لانه صار مائعا بالاذابة ولو
ابرا المودع الخالط برئ عن الضمان مطلقا عند ابي حنيفة لان حقه في الدين وقد سقط بالابرا
وعندهما سقط اختيار الضمان بالابراء فتتعين الشركة في المخلوط واما الوجه الرابع فيوجب
انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لكونه استهلاكا من كل وجه لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس قال صاحب الهداية ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتتعذر التمييز والقسمة قال ـــــ
وان اختلطت بغير صنعه كان شريكا وهذا بالاتفاق لانه لا صنع له فيه فلم يكن متعديا
فانتفى سبب الضمان قال ـــــ وان انفق بعضها ورد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع او رفع
بعضها فانفقه ثم هلك الباقي ضمنه بقدره اما المسئلة الاولى فلانه استهلك الوديعة
بخلط ماله بما لم يغيره على ما قدمناه واما الثانية فقال ابن حبيب قال عبد الملك بن الماجشون

من اصحاب مالك ان كانت مختومة لم يبرا الا بردها الى ربها وان تسلف بعضها ضمن
جميعها لانه متعد في خلطها ذكره في الجواهر وقال في المعونة عن عبد الملك فيما انفق
بعضها ورد مثله انه يضمن الجميع لانه قد تخرج عن الامانة وصار متعديا باخذها
فرده اياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف ومشهور المذهب انه لا يضمن
الا قدر ما انفق لان الذي وجب عليه الضمان تعديه بالاخذ فاذا ردها فقد زال
التعدي فسقط الضمان قال ـــــ او اودعها عند اخر فالاول ضامن وخيّراه اذا اودع
الوديعة عند اخر قال ابو حنيفة رحمه الله الاول هو الضامن وقالا يتخير المالك في تضمين
من شا منهما لان الاول ضامن بدفعه الى الثاني والثاني ضامن بقبضه وكل من ذينك الاثنين
تصرف في الوديعة بغير اذن المالك فيضمنان كمودع الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع وان ضمن
الثاني يرجع على الاول لكونه عاملا له وله ان الاول لا يضمن بمجرد الدفع ما دامت
الوديعة بحضرته لامكان الحفظ بنفسه فاذا افترقا ضمن بترك الحفظ الملتزم والثاني اخذ
المال من يد امين وقد هلك في يده بغير صنعه فلم يضمن كالقصار اذا دفع الثوب الى اجيره
فخرّق بدقه ضمن القصار دون الاجير قال ـــــ او طولب بها فحبسها ضمن صاحب
الوديعة اذا طالب المودع بها فحبسها عنها وهو يقدر على تسليمها اليه ضمنها لان الرد
اوجب على المودع بقوله تعالى ادوا الامانات الى اهلها وقوله عليه السلم اد الامانة الى
من ائتمنك فاذا طالبه بالوديعة فقد عزله عن الحفظ فاذا حبسها فقد امسك مال غيره
بغير اذنه فلزمه الضمان قال ـــــ او تعدى ثم ازاله لم يزل الضمان اذا تعدى المودع في
الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره
ثم ازال التعدي وردها الى يده زال الضمان عندنا وقال الشافعي لا يزول لانه لما ضمن
بالتعدي ارتفع حكم العقد لوجود المنافي فلا يبرا الا بالرد على المالك ولنا ان الامر بالحفظ
لاطلاقه وانما ارتفع حكم العقد لوجود التعدي فاذا ارتفع عاد حكم العقد لقيام الامر
كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى
نائب المالك قال ـــــ او جحد ثم اعترف لم يزل المودع اذا طالبه بالوديعة فجحدها
ضمنها لانه لما طالبه عزله عن الحفظ فصار بالامساك عاصيا مانعا فيضمن فان عاد
الى الاعتراف لم يبرا من الضمان لارتفاع حكم العقد اذ المطالبة رفع من جهة المالك والجحود
فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة واحد المتعاقدين البيع فتم ارتفاع حكم
العقد فلا يعود قال ـــــ ومنعنا الضمان بالجحود في غيبة المودع رجل سال المودع

فقال ما لك وديعة عند فلان فجحدها لم يضمن عندنا وقال زفر يضمن لانه
بالجحود فوّت يد المالك النائبة على المال حكمًا فيضمن اذا هلك كالغاصب وبيانه
ان يد المودع على المال حقيقة وانما يكون يده يد المالك حكمًا باعترافه فبالجحود يرتفع
ولنا ان المالك لم يعزله عن الحفظ صريحًا وانه ظاهر ولا دلالة لعدم المطالبة بالرد
فيكون عقد الايداع باقيًا فيكون يده حكمية قائمة ولان الجحود قد يكون من
الحفظ عند غيبة المالك صونًا لها عن طمع طامع فلا يكون موجبًا للضمان قال ولو تصرف
فيها فربح تطيب له وامراه التصدق فيه لابي يوسف انه ضمن الوديعة بالتصرف فكان
هذا ربحًا على ما ضمن والمنهي عنه ربح ما لم يضمن فيكون هذا طيبًا له لانه ملكه ولهما
ان عدم الملك في افادة الخبث فوق عدم الضمان وههنا عدم الملك فالاولى ان يلزمه
التصدق بالربح الحاصل من ملك غيره وهذا لان الخبث ثابت عند عدم الضمان فيما
اكتسبه في المبيع قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه حالة الاكتساب مع قيام الملك
والطيب يحصل بالملك والضمان جميعًا وينتفي بانتفائهما وعدم ضمان الاصل استلزم
الخبث في الربح فعدم ملك الاصل اولى لانه اذا كان في ضمان غيره كان ان صار ملكه
باداء الضمان مستندًا الى وقت وجوبه فيكون ملكه متقدمًا فيكون الربح حاصلًا
له من ملك غيره من وجه وقد وجب التصدق فيه فلان يجب من ربح حاصل من ملك غيره
من كل وجه اولى قال ـــ وللمودع ان يسافر بها ما لم ينه عن ذلك مع الامن وعدم
النهي وقالا ان لم يكن لها حمل ومؤنة مذهب الشافعي رحمه الله ان المودع ليس له ان
يسافر بالوديعة لان رب المال وان اطلق الحفظ فالعرف يقيده بالمتعارف وهو الحفظ
في المصر وصار كما لو استحفظه باجر ومذهبهما جواز ذلك ان لم يكن للوديعة حمل
ومؤنة والمنع ان كان لها حمل ومؤنة لهما انه يحصل النهي عن السفر دلالة لان المالك
يلزمه اجرة رد الوديعة ولم يلتزمها والظاهر عدم الرضا بها فكان الظاهر نهيه عن ذلك
لئلا يلزمه ما لم يلتزم فكان ذلك بمنزلة النهي صريحًا بخلاف ما اذا لم يكن لها حمل ولا مؤنة
لانتفاء النهي صريحًا ودلالة ووجود الامر بالحفظ مطلقًا ومذهب ابي حنيفة
رحمه الله جواز السفر الا ان ينهاه صريحًا او يكون الطريق مخوفًا لانه اتى بما امر به
وهو الحفظ مطلقًا واذا اراد السفر لا يمكنه حفظها الا بالسفر فكان مأذونًا له فيه
وهذا لان مطلق الحفظ مشترك بين الحفظ مع السفر وبين الحفظ لا مع السفر ولا يتحقق مطلق
الحفظ الا في ضمن احد هذين الحفظين الخاصين اذ مطلق الحفظ جنسهما فكان الامر

بالمطلق امرًا بتحصيله من اي فرد كان ضرورة واذا كان مأمورًا به فلزوم الاجرة
مرضي به ضرورة امتثال امره او لان العرف فيه مشترك فقد يرضى بتحصيل الحفظ هذا
المودع بماله فلم يكن مقيدًا فاما العرف فهو كونه في المصر لا الحفظ في المصر فان الحفظ
لا يقتصر على المحلات الا استحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فاقتضى التسليم في مكان العقد
بخلاف ما اذا نهاه عن السفر فسافر فانه يضمن لان النهي مقيد اذ الحفظ في المصر اكمل
منه في المفازة وبخلاف ما اذا كان الطريق مخوفًا لقيام النهي دلالة قال ـــ ولو
اودعاه مكيلًا او موزونًا وغاب واحد وطلب الآخر نصيبه فدفع اليه فهو ضامن
رجلان اودعا ما لا يكال او يوزن عند رجل ثم غاب احدهما وحضر الآخر يطلب نصيبه
قال ابو حنيفة لا يدفع لا يدفع اليه شيئًا وان دفع ضمن وقالا يدفع اليه نصيبه لهما ان
للحاضر اودعه نصف الوديعة وله حق الاسترداد فيلزمه الدفع اليه كما في الدين المشترك
ولانه يملك اخذه بنفسه بالاجماع وانه يطلب التمكين بماله فلا يكون له حق المنع منه وله
ان الحاضر يطلب نصيب الغائب لانه يطالبه بالنصف مفرزًا مقسومًا ونصيبه في المشاع
والمفرز مشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة اجماعًا
الا ترى انه لو قسم وسلم وهلك النصف الباقي ثم حضر الغائب كان له ان يشارك الحاضر
بما اخذه فاذا تعذر دفع النصف مشاعًا ولا يقدر له على القسمة فامتنع التسليم بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها واما
القبض فانما ساغ له لقيام الملك له في النصف الشايع والملك اذا ثبت في المحل سابقًا
وهو غير متفاوت بين حق القبض بحكم الملك كان له مطالبة الشريك بالقسمة لقيام
الملك فصح القبض اما الدفع فانه يستلزم القسمة وليس للمودع ولاية القسمة فلم يمكن
اجباره على ذلك ونظير هذا اذا كانت له الف درهم عند انسان وديعة وعليه الف
لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع الالف اليه قال ـــ وان اودعها
ما يقسم فاقتسماه ودفع احدهما قسمته الى شريكه فهو ضامن وان كان لا يقسم جاز ان يحفظ احد هما
باذن الآخر رجل اودع شيئًا مما يقسم عند رجلين قال ابو حنيفة رحمه الله يجب عليهما
اقتسامه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ولا يجوز لاحدهما ان يدفع الى الآخر نصفه فان
دفع اليه فهلك عنده فالاول ضامن دون الثاني واذا كان مما لا يقسم جاز لاحدهما ان
يحفظ الكل باذن صاحبه وقالا يجوز ذلك في الوجهين وهكذا الكلام في المرتهنين
والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر لهما انه لما رضي بامانتهما وهو يعلم

ان اجتماعهما عليه دائما غير ممكن كان راضيا بالقسمة عينا وبالقسمة زمانا بالمهاياة
يحفظ هذا زمانا وهذا زمانا ولو انه امرهما جميعا بحفظه فاما ان يجتمعا عليه
دائما او يتهايا او يقتسماه والاول غير مراد للضرر ويعين الثاني فيما لا ينقسم ايضا
بدلالة ذلك ويعين الثالث فيما ينقسم لانهما بالقسمة يكونان حافظين للوديعة في كل
الازمان بخلاف المهاياة ولان الفعل اذا اضيف الى ما يقبل التجزي يتناول البعض
دون الكل فصار كانه قسمها بينهما نصفين فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك
فيضمن الدافع دون القابض لانه مودع المودع لا يضمن عنده قال ــــــ ويضمن الصبي
والعبد المودعين ما اتلفاه للحال وقالا لا يضمن العبد وحده بعد العتق رجل اودع شيئا
عند صبي محجور او عند محجور فاتلفه قال ابو حنيفة ومحمد لا ضمان على الصبي اصلا ولا على
العبد ما دام عبدا فاذا اعتق ضمن وقال ابو يوسف يضمنان لانهما اتلفا مال غيرهما
فيضمنان سواء صحت الوديعة ام لم تصح لانها ان صحت فقد استهلكاها وان لم تصح فقد
اتلفا مال الغير والاتلاف سبب للضمان في الحال ولهما انه وجد المقتضي للرضا بالاتلاف
والمانع لا يصلح معارضا فانتفى الضمان اما وجود المقتضي للرضا فلانه مكن المودع من اتلاف
ماله باثبات يده عليه حقيقة اذ الاتلاف يستلزم تقدم وجود اليد وهذا دليل
الرضا به والمانع وهو الاستحفاظ لم يصح لان استحفاظ الصبي والعبد المحجور استحفاظ
من ليس باهل لالتزام الحفظ اما الصبي فالحجر لمعنى في ذاته فلم يصح التزامه اصلا
واما العبد وان صح التزامه باعتبار نفسه لكونه مكلفا لكن لا يصح في حق المولى فلم
يصح التزامه بالضمان للحال نظرا للمولى وصح بعد العتق لصحة التزامه في حق نفسه
بخلاف الحر المكلف لان الاستحفاظ صحيح والتزام الحفظ صحيح فعارض دليل الرضا
بالاتلاف فلم يترتب عليه موجبه قال ــــــ ولو دفع العبد الوديعة الى مثله
فهلكت فللمالك ان يضمن الاول بعد العتق فقط ويخيره في ايهما شاء للحال ووافق الاول
في الاول والزم الثاني للحال وقيل بعد العتق رجل اودع عبدا محجورا وديعة فاودعه
عند عبد آخر محجور قال ابو حنيفة الضمان على العبد الاول وليس على العبد الثاني ضمان
ووجهه ان المودع المحجور لا يضمن الاتلاف في الحال اذا كان عبدا وانما يضمن بعد العتق
لما تقرر في المسئلة السابقة والثاني مودع المودع ولا ضمان عليه عنده حتى يتعدى ولم
يوجد منه الجناية ولا التعدي فانتفى سبب الضمان وذكر في المختلف ان له ان يضمن الثاني
للحال لانه لم يسلطه المالك ولم يرض بقبضه فصار ضامنا بفعله وانه يؤاخذ به للحال

ولكن الصحيح ما ذكر في غيره من الكتب لانه مودع المودع على ما بينا والمذهب بالثاني
ضمنه اذا لم يقصد بدفعه خيانة فلذلك تلبث في الكتاب فقط اي ليس على الثاني ضمان
وقال ابو يوسف له تضمين ايهما شاء للحال لان مودع المودع يضمن عنده وكذا المودع
المحجور يضمن بالاتلاف في الحال والدفع منه الى الثاني اتلاف او لانه لما لم يصح قبول الاول
عنده فكانه اخذ الوديعة من غير ايداع ولانه ضامن للحفظ بعقده وضمان العقد لا يلزمه
في ضمان التسليم وهو اخذ به في الحال لانه ضمان فعل واما الثاني فانه قابض مال غيره
بغير اذنه فكان ضمانه ضمان فعل فيضمن في الحال وقال محمد لا يضمن الاول حتى يعتق كما قال
ابو حنيفة واما الثاني فالحكم في المنظومة انه لا يضمن ايضا الا بعد العتق ووجهه ما ذكر
في المختلف انه لو ضمنه في الحال يرجع به على الاول لانه استعمله وذلك يستلزم تضمين المودع
المحجور قبل العتق وهو لا يقول به والمذكور في التقريب وشرح مختلف الفقيه ان له تضمين الثاني
في الحال عنده اما الاول فلان الضمان ضمان عقد فلا يلزم الا بعد العتق واما الثاني فانه
قبض ملك غيره بغير اذنه فصار ضمان فعل فلزمه للحال وهذا الاختلاف محمول على
اختلاف الرواية طلبا للتوفيق فنقلناها في المتن قال ــــــ او عند ثالث مثلهما فالاول
كالاول والثاني ضامن للحال فقط ويخير في ايهما شاء ووافق الاول في الاول وخير
في الاخيرتين فلو اودع العبد الثاني تلك الوديعة والصورة بحالها عند ثالث محجور
عليه قال ابو حنيفة لا يضمن الاول الا بعد العتق ويضمن الثاني للحال دون الثالث وهذا معنى
قولنا فالاول اي فحكم العبد الاول في هذه المسئلة كحكم العبد الاول في المسئلة
الاولى اما الثالث فانه مودع المودع ولا فعل ولا فعل له منه فلا ضمان عليه واما الاول
فلما مر واما الثاني فلانه وان كان مودع المودع الا انه فوت التسليم الى الثالث فيضمن
للحال وقال ابو يوسف له ان يضمن في الحال ايهم شاء كما تقتضيه اصل مذهبه لان الاول
سلم مال غيره بغير اذنه ورضاه فضمانه ضمان التسليم لما مر وكذلك الثاني والثالث قبض
مال غيره بغير اذنه فكان ضمان فعل فلان يؤخذ به ايهم شاء للحال وقال محمد يضمن
الاول بعد العتق لانه ضامن للحفظ بالعقد ولا يلزمه في الحال فتاخر الى زمان
العتق وهو بالخيار في الآخرين لان كلا منهما قبض مال غيره بغير اذنه فكان ضمان
فعل فيؤاخذ به في الحال ه

كتاب العارية

العارية مشتقة من التعاور الذي هو التداول سمي عقد الاعارة به لوجود التناول

في العين المعارة وتناوب الايدي عليها ويجوز ان يكون من العرية اي العطية الا ان العرية
مخصة بالاعيان والعارية بالمنافع ويجوز ان يكون التسمية لتعري هذا العقد عن العوض
وهو عقد مندوب اليه لما فيه من قضا حاجة المسلم قال الله تعالى وتعاونوا على البر
والتقوى وذم المانع لها بقوله ويمنعون الماعون اي العواري من القدر والقدوم
ونحو ذلك واستعار صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان ولما كان التمليك تارة
بعوض واخرى بغير عوض والاعيان قابلة لكل منها كانت المنافع كذلك فالاجارة بالعوض
والاعارة بغير عوض قال ــــــ وتفسيرها هبة المنافع بغير عوض اختلف عبارة اصحابنا
في تفسير العارية فالمشهور وهو اختيار ابي بكر الرازي وهو الصحيح انها هبة المنافع وقال
ابو الحسن الكرخي هي اباحة المنافع والذي حمله على ذلك ان المستعير ليس له ان يوجر ولو
ملك اجارتها وجه الاول ان المستعير له ان يعير غيره ولو كانت اباحة لما ملك ذلك
فان من ابيح له الطعام لم يكن له ان يبيحه لغيره وانما لم يجز الاجارة لان المستعير ملك
المنافع على وجه لا يسقط حق المالك عنها فلو جاز له الاجارة لتعلق بالاجارة واستحقاق
الفسخ برجوع المعير فيها ولان الاجارة اقوى والزم من الاعارة والشي لا يستتبع مثله فالاولى
ان لا يستتبع الاقوى قال ــــــ ولا يكون الا فيما ينتفع به مع بقا عينه فاذا اعار مكيلا
او موزونا كان قرضا حقيقة العارية ان يهب المنفعة والعين قايمة كالثوب والعبد والدار
والدابة والاشارة الى ذلك من الزوايد فعلى هذا اعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك
عينه يسمى ذلك عارية مجازا وانما هو قرض في المعنى كالدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والعددي المتقارب وذلك لان الاعارة لما كانت تمليك المنافع ولا يمكن
الانتفاع بها الا باستهلاك عينها اقتضى ذلك تمليك العين وذلك بوجهين الهبة والقرض
الا ان القرض ادناهما فيثبت او يقول من قضيته الاعارة الانتفاع بالمنفعة ورد العين فاقيم
هاهنا المثل مقام العين وهذا فيما اذا اطلق العارية فان قيد اعارة الدراهم بنوع مثل
ان يزين بها موضعا او يعير بها ميزانا تعين لما قيده به وصار كما اذا استعار انية ليتجمل او
سيفا محلى يتقلد به قال ــــــ ويحكمها امانة العارية امانة اذا اهلكت من غير
تعد لم يضمن المستعير وقال الشافعي ضمن لانه قابض مال غيره قبضا غير مستحق مضمن والاذن
بالقبض ثابت ضرورة سوق الاذن في الانتفاع وما ثبت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة
فثبت بوجهه في المقبوض من حيث اطلاق الانتفاع منه خاصة وبقي الاذن فيما يرجع الى
العين عدما وهذا لان عقد الاعارة وارد على المنفعة لا العين فكان الاذن في حق قبض

العين ضرورة للتمكن من الانتفاع به فلا يظهر فيما وراء الانتفاع وصار كالمقبوض
على سوم الشراء ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان اي غير المتعدي
عما اطلق له ولان الضمان هاهنا اما بالعقد او بالتعدي والعقد لا ينبي عن الضمان لانه
موضوع للتبرع بالمنافع ملكا او اباحة والقبض لم يقع تعديا لانه ماذون فيه من قبل
المالك لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد القبض فيكون الاذن بالانتفاع اذنا بما يتوقف
عليه بالضرورة فلا يكون فيه متعديا مع انه ماذون فيه قصدا وضرورة الاذن للانتفاع
الذي لا يمكن الا به ولم يتجاوز ما حد له فلا يكون متعديا بخلاف المقبوض على سوم الشرا
لانه مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد قال ــــــ وتصح باعرتك ومنحتك
هذه الدابة وحملتك عليها اذا لم يرد بها الهبة واخدمتك هذا العبد وداري لك سكنى
او سكنى عمري اما اعرتك فحقيقة في الباب واما منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة
اذا لم يرد بها الهبة لان اللفظ موضوع لهبة العين فاذا لم يرد بها ما وضع اللفظ له حمل
على هبة المنافع مجازا واما اخدمتك هذا العبد فلانه اذن صريح في الاستخدام وهو
معنى الاعارة واما داري لك سكنى فمعناه ان سكنى داري لك ولذلك قوله سكنى عمري اي
سكنى ها لك عمرك قال ــــــ ويجوز للمستعير ان يعيرها لا يختلف بالاستعمال قال اصحابنا
للمستعير ان يعيرها استعاره بشرط ان لا يكون مما يختلف باختلاف المستعملين وقال
الشافعي لا يجوز له ذلك على الاظهر لانه مستبيح بالاذن كالضيف ولان العارية اباحة المنافع
فلا يملك اباحتها غيره وهذا لان المنافع معدومة فلا يقبل التمليك وانما نقيمها في الاجارة
مقام الاعيان للضرورة وهي مندفعة هاهنا بالاباحة ولنا انها تمليك للمنافع على ما مر
فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة وكما اعتبرت المنافع قابلة للملك في الاجارة اعتبرت هاهنا
دفعا للحاجة فاما قيدنا بالجواز بما لا يختلف بالاستعمال لان المعير رضي باستعماله دون غيره
ففي جوازه مع الاختلاف الحاق ضرر بالمعير وهو مدفوع عنه ثم الاعارة على وجوه اربعة
احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع كمن استعار دابة او ثوبا ولم يسم وقتا ولا
غير مستعملا فله ان ينتفع بذلك اي نوع شاء في اي وقت شا عملا بالاطلاق والثاني
ان يقيد في كل منهما بان استعاره يوما ليستعمله بنفسه فليس له ان يتجاوز ذلك عملا
بالتقييد الا ان يكون الخلاف الى مثل ذلك او خير منه والثالث ان يكون مطلقة في الوقت
مقيدة في الانتفاع بان استعارها ليحمل عليها حنطة فله ان يحمل الحنطة متى شا والرابع ان
يكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع بان استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله

ان يحمل ما شاء اليوم فان امسكها بعد الوقت ضمن ان انتفع بها في اليوم الثاني
وقيل يضمن بمجرد الامساك لكونه ماسكا مال الغير بغير اذنه واذا اختلفا في الوقت
والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لان الاذن يستفاد منه فتثبت
بقدر ما اقر به وما زاد فالمستعير مستعمل ماله فيما لم ياذن له فيه فيضمن قال
وليس له ان يوجر لان الاعارة دون الاجارة فلا يتضمنها ولانها لو صحت لكانت لازمة
لانها حينئذ تصير تسليطا من المعير وفي اللزوم زيادة ضرر على المعير حيث لا يتمكن من
الاسترداد الى انقضاء المدة فابطلناه نظرا له وضمنه حتى يسلمه لان العقد اذا لم
يتناول الاجارة كان غصبا وللمعير ان يضمن المستاجر لانه قبض ماله بغير اذنه واذا
ضمن المستعير فلا رجوع له على المستاجر لانه لما ضمن كان موجرا ملك نفسه وان ضمن
المستاجر رجع على المستعير ان لم يكن علم انه عارية في يده دفعا لضرر الغرور عنه وان علم
لا يرجع قال ـــــ وان استعاره ليرهنه جاز لان يوجب الرهن ثبوت يد الاستيفا
كما لو استاذنه ان يقضي دينا عليه من ماله فاذن له كان صحيحا وهذه المسئلة وما يتفرع عليها
من الزوائد قال ـــــ وان قيد بمقدار او جنس او مكان لم يتجاوزه لا يخلو اما ان اطلق
ولم يسم ما يرهنه فللمستعير ان يرهن بالقليل والكثير وباي جنس شاء عملا بالاطلاق وان سمى
له قدرا يرهنه عليه او جنسا معينا لم يجز له ان يتجاوز ذلك لان التقييد مفيد فان رهنه
على اكثر او خالف في الجنس كان ضامنا لقيمة الثوب المستعار لان ذلك تصرف غير ماذون
منه فكان غاصبا وللمعير ان ياخذه من يدي المرتهن لان الرهن لم يصح وكذلك لو قيده
بالرهن عند انسان بعينه لا يجوز له ان يتجاوزه قال ـــــ ولو هلك بعد الفكاك
او قبل الارتهان فلا ضمان لان قبض المستعير غير مضمون وانما يتعلق الضمان باعتبار الاستيفا
الدين منه ولم يستوف قال ـــــ او في يد المرتهن ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه
بالهلاك من الدين لان الضمان قد وجب باعتبار الاستيفا فيتقدر بقدره والمعير
بمنزلة رجل اذن لاخر ان يقضي دينه من وديعة عنده فما قضي مضمون عليه وما لم يقض
فهو امانة ذكر هذه المسايل في الايضاح قال ـــــ وان اعار ارضه للبناء والغرس
كان له ان يرجع ويكلفه تفريغها اما الرجوع فان للمعير ان يرجع في العارية متى شا لقوله
عليه السلم المنحة مردودة والعارية موداة ولان المنافع معدومة وانما تملك شيئا
شيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فكان له الرجوع
فيه وانما جاز ذلك فلانها منفعة معلومة صح ان تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح

الرجوع صار المستعير شاغلا ارضه بغير رضاه فيكلف تفريغها قال ـــــ فان وقت
فرجع قبله كره والزيادة الضمان فقيل ما نقصها القلع وقيل قيمتها وتمليكها الا ان
يرفعها المستعير ومثل ان يضر بالارض نحير المالك اذا اعار ارضه لرجل ليبني فيها او يغرس
عشرين سنة فبنى المستعير او غرس ثم بدا له فرجع قبل انقضا المدة فله ذلك لما مر وكره
لما فيه من خلف الوعد ولزمه الضمان عندنا وقال زفر لا ضمان عليه ثم اختلف
الرواية فقال القدوري يلزمه ضمان ما نقص البنا والغرس بالقلع ووجه ذلك انه
مغرور من جهته لانه وقت له وقتا والظاهر هو الوفا وقد اطمان الى ذلك فيحكم له
بالرجوع دفعا للضرر عنه بخلاف ما لو اعاره واطلق لانه لم يوجد من المعير ما يوجب اغترار
المستعير به لان المستعير يعلم ان له ان يرجع عليه متى شا فكان مغترا وقال الحاكم الشهيد
رحمه الله يضمن رب الارض للمستعير قيمة بنائه وغرسه ويكونان له اذا اخذها المستعير
الا ان يشا المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها لانهما ملكه فله رفعهما وقيل اذا كان
في القلع ضرر بالارض فالخيار لرب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل وهذه الاقوال زوايد وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه اصلا لان الوقت
لم يكن ملزما شيئا فالحال بعد الوقت كالحال مع الاطلاق قال ـــــ وان اعارها
للزرع فلا رجوع قبل حصده مطلقا اذا اعار ارضه لرجل ليزرعها فليس للمعير الرجوع
قبل ان يحصد زرعه مطلقا سواء اطلق الاعارة او وقتها والفرق ان للزرع نهاية
معلومة وفي الترك الى الحصاد مراعاة الحقين بخلاف الغرس والبناء لانه ليس لهما
نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك والمسئلة من الزوايد قال ـــــ
والمستعير يكتب اطعمتني ارضه وقالا اعرتني اذا اعار ارضه للزراعة واراد ان يكتب صكا
بذلك كتب هذا ما اطعم فلان ارضه الفلانية المحدودة الى اخره عند ابي حنيفة وقالا
يكتب هذا ما اعار فلان لان لفظ العارية صريح في المعنى فكان اولى بالكتابة وله
ان لفظ الاطعام ادل على المعنى المقصود لان اعارة الارض للزراعة لانها تدل على مدة
مديدة لا يدل عليها الاعارة مطلقا لان من المعلوم ان الارض لا تطعم حقيقة فكان
المعنى انها الارض في يده حتى يوجد منها ما يطعم فكان هذا اولى قال ـــــ ويودي
المستعير والموجر والغاصب اجرة رد العارية والعين المستاجرة والمغصوبة اما المستعير
فلان اجرة الرد عليه لان الرد على المعير واجب عليه لان قبضه كان لمنفعة نفسه دون
المعير والاجر مؤونة الرد فيكون عليه واما الموجر فاجرة رد العين المستاجرة عليه

لان الرد ليس بواجب عليه بل عليه التخليه والتمكين من الاخذ لان منفعته قبضه للموجر
رد المغصوب لان الرد الى المالك واجب عليه والاجره مؤونته فتجب تبعًا لوجوب
الرد قال ـــــ واذا رد الدابه الى اصطبل مالكها او مع عبده او اجيره او عينًا
مستعاره او مستاجره الى داره برئ دون الوديعه هذا استحسان والقياس ان لا
يبرا حتى يسلمها الى المالك بنفسه لان ذلك تضييع وليس بتسليم ووجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف وهو رد الدواب الى الاصطبل والمتعارف كالمنصوص عليه
وكذلك لو ردها مع عبده او اجيره والمراد بالاجير ان يكون مسانهه او مشاهره
لا مياومه لانه لا يكون في عياله وهذا لان العاريه امانه فله ان يحفظها بمن في عياله
وعبده واجيره الخاص من عياله كما في الوديعه ولذلك لو ردها مع عبد رب الدابه
واجيره لرضى المالك بذلك لانه اذا ردها عليه سلمها المالك الى عبده وقيل هذا
اذا كان العبد يقوم على الدواب والاصح الاطلاق واما العين المستعاره والمستاجره
فاذا ردها الى دار المالك برئ لما بينا من وجود العرف في ذلك واما الوديعه فلا يبرا
بردها الا بالتسليم الى المالك وكذلك المغصوب لان الغاصب يجب عليه نقض فعله
وذلك بالرد الى المالك واما المودع فلان مالكها لا يرضى بردها الى الدار ولا الى من
في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعه اياه بخلاف العاريه لان فيها عرفًا حتى لو كان
المستعار عقد جوهر او نحوه لم يردها الا الى المعير لعدم العرف في مثل ذلك ذكره
في المستصفى

كتاب اللقيط

اللقيط هو المنبوذ فعيل بمعنى مفعول سمي به باعتبار ما يؤول اليه وهو انه يلتقط ماخوذ
من لقطته او التقطته اذا اخذته من الارض او من الالتقاط بمعنى الهجوم على الشي بغته
كقول الراجز ومنهل وردته التقاطًا وكذلك المنبوذ يهجم عليه من غير طلب ولا
قصد واللقيط في الشريعه اسم لحي مولود طرحه اهله خوفًا من العيله او فرارًا من
تهمه الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم لما في احرازه من احياء النفس فانه على
الهلاك واحياء الحي هو بدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن احياها فكانما
احيى الناس جميعًا وفعله مندوب اليه ان كان يغلب على ظنه انه لا يهلك بان كان
في مصر او قريه لما ذكرنا ومتى غلب على ظنه انه يضيع ويهلك ان لم ياخذه بان
كان في مفازه او مسبعه فالتقاطه واجب دفعًا للهلاك عنه قال ـــــ يحكم

بحريته وليس لغير الملتقط اخذه منه وينفق عليه من بيت المال اما الحريه فلانها
هي الاصل في الدار دار الاحرار وانما لم يكن لغير الملتقط ان ياخذه من الملتقط لان
يده عليه اسبق وقد ثبت حق الحفظ له بالسبق فلا يتمكن غيره من ابطال يده بغير حق
واما النفقه فانما كانت في بيت المال لانه عاجز عن التحصيل بالكسب وهو فقير ولا قرابه
له فاشبه المقعد الذي لا مال له وهو مروي عن علي وعمر روي ان عمر راى سنينا ابا جميله
وقد وجد منبوذًا فاتى به اليه فقال له عسى الغوير ابؤسًا نفقته علينا وهو حر وهذا مثل
يقال عند التهمه قال ابن الاعرابي انما عرض بالرجل اي لعلك صاحب اللقيط تريد انك
زنيت بامه وادعيته لقيطًا فشهد له جماعه بالخير فتركه وكان ميراثه لبيت المال وجنايته
عليه فكانت نفقته عليه قال ـــــ فان انفق الملتقط كان متبرعًا الا ان ياذن له القاضي
بشرط الرجوع او صدقه اللقيط اذا بلغ انما كان الملتقط متبرعًا لعدم الولايه الا ان
يامره القاضي ليكون دينًا عليه لعموم ولايه القاضي فان اذن له ولم يشترط الرجوع
ذكر الطحاوي انه يرجع عليه بعد البلوغ لانه قضى حقًا عليه ولكن بامر القاضي فصار
كما لو قضى عنه دينه باذنه قال شمس الائمه والاصح انه لا يرجع لانه امره نقضا حقو ولحب
بغير عوض ترغيبًا له في اتمام ما شرع فيه من التبرع وصار كقوله ادّ عني زكاه مالي لا يرجع
الا بالشرط بخلاف الدين لانه يجب عليه بعوض ولو لم ياذن له القاضي فصدقه اللقيط بعد
البلوغ فله الرجوع عليه لانه اعترف بحقه وهذه من الجمله من الزوائد قال ـــــ
ومن ادعى انه ابنه ثبت نسبه معناه اذا لم يدعه الملتقط وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لتضمنه ابطال حق الملتقط ووجه الاول ان ذلك اقرار للصبي بما هو نفع له
لان النسب مما يتشرف به ويعير بعدمه ويستتبع وجوب النفقه والحضانه ثم قيل يكون
مدعي النسب اولى من الملتقط به لانه اذا صح النسب يترتب عليه الاخذ وقيل يصح في
ثبوت النسب وحده دون ابطال يد الملتقط قال ـــــ فان ادعاه اثنان وذكر احدهما
علامه فيه او سبق كان اولى وان ادعياه معًا ثبت منهما ولا يعتبر قول القائف اما
اذا ادعاه وذكر احدهما علامه في جسد اللقيط كان اولى من الذي لم يذكر لشهاده
الظاهر له حيث وافقت العلامه دعواه وان لم يذكرا شيئًا وسبق احدهما الاخر
كان السابق اولى لانه ثبت حقه في زمان لم ينازعه فيه دعوى اخرى الا ان يقيم الاخر
البينه لانها اقوى وان ادعياه معًا ولم يسبق احدهما الاخر ثبت النسب منهما جميعًا
لعدم الاولويه وهما مستويان في السبب وقال الشافعي يعتبر قول القائف المدلجي وا لا

نفاها فقد اخذ فيه بشك في ذلك الحديث رواه فيه واصحابنا رووا في ذلك اثرا عن عمر رضي الله عنه انه قال هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما ومن المعلوم ان القايف لا علم له بالحقيقه والقضا بذلك بقول من لا علم له بها باطل قال تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم قال ويرجح بالاسلام والحريه اذا ادعاه اثنان واحدهما مسلم والاخر ذمي او كان احدهما حرا والاخر عبدا قدم المسلم والحر ترجيحا لما هو الانظر في حق اللقيط قال واذا وجد في بعض امصار المسلمين او قراهم فادعاه ذمي يثبت نسبه وكان مسلما او في قريه لاهل الذمه او بيعه او كنيسه والواجد ذمي كان ذميا وان كان مسلما ههنا وذميا هناك فاعتبار المكان والواجد والاسلام روايات اما اذا وجد في مصر من امصار المسلمين او قراهم وقد ادعاه ذمي يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا لان النسب نافع له وهو يتضمن ابطال الاسلام الثابت بتبعيه الدار يثبت منه ما ينفعه ويبطل ما يضره واما اذا وجد في قرى اهل الذمه او مكنسة او بيعه لهم وكان الواجد ذميا فان اللقيط ذمي نظرا الى اجتماع الواجد والمكان جميعا وهذا الجواب روايه واحده فان كان الذي التقطه مسلما من قرى اهل الذمه او كان الملتقط ذميا في امصار المسلمين اختلفت الروايه فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لكونه اسبق وفي كتاب الدعوى اعتبر الواجد في بعض النسخ وهو روايه ابن سماعه عن محمد ووجهه قوة اليد لان استتباع الابوين للولد فوق استتباع الدار له حتى اذا سبي مع الصغير احد الابوين كان كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير وهذه من الزوايد قال وان ادعاه عبد يثبت منه وكان حرا اما ثبوت النسب فلانه نافع له واما الحريه فلان المملوك قد تلد له الحره والدار دار الاحرار فالحريه الظاهره لا تبطل بالشك قال ولا تقبل دعوى عبوديته لان الحريه ظاهر نظرا الى استتباع الدار الا ان يقيم البينه على ذلك قال وان كان معه مال كان له اذا كان مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابه هو عليها فالمال له اعتبارا للظاهر ونفقته الملتقط عليه بقيد امر القاضي لان المال ضايع وللقاضي صرف المال الضايع الى مثل ذلك وقيل لا يحتاج الى اذنه في ذلك لانه للقيط ظاهرا وللواجد ولايه الانفاق عليه وشرا ما لا بد له منه كالطعام والكسوه قال ولاية وجه الواجد ولا تصرف في ماله ويقبض عنه الهبه ويسلمه في صناعه ولا يواجره في الاصح اما الاول فلانه يعتمد الولايه اما بالقرابه او بالملك او بالسلطنه ولم يوجد واحد منها فاما التصرف في

المال فانما شرع لتثميره وذلك يعتمد وجود الراي الكامل والشفقه الوافره والراي ان وجد في الملتقط فلا يوجد كمال الشفقه كما يوجد الشفقه الكامله في الام ولا يوجد في حقها كمال الراي فاعتبر الملتقط بها في المنع عن التصرف واما جواز القبض عنه في الهبه فلان ذلك نفع محض يملكه ولهذا يملكه الصغير العاقل بنفسه ويملكه الام ووصيها واما التسليم في صناعه فلانه نافع له لانه من باب الحفظ والشفقه واما المواجره فرواه القدوري ان المواجره ترجع الى تثقيفه ووجه الروايه الصحيح انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم وهذا بخلاف الام لانها تملك منافعه على ما ياتي ان شا الله قال ويمنع الامام عن استيفاء القصاص لو قتل اذا قتل اللقيط عمدا قال ابو حنيفه ومحمد يجب القصاص ويستوفيه الامام وقال ابو يوسف لا يجب لانه لو وجب لوليه لانه لا يخلو عن ولي من نسب اما الاب او الام اذا كان لرشده والولي مجهول او مشتبه فلا يصح القضا له ولهما ان دم اللقيط معصوم فيجب القصاص باراقته ويستوفيه الامام لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد علم بهذا الحديث ان اقرب الناس اليه اذا كان مجهولا لا يكون وليا لانه لا ينتفع به مع الجهاله فالتحق وجوده بعدمه قال وقبلوا شهادته بالزنا اللقيط اذا بلغ وشهد على انسان بالزنا او بما يتعلق به كاللعان وغيره لا تقبل شهادته في ذلك في قول مطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك رحمهما الله وظاهر المذهب قبول الشهاده كقولنا لانه متهم في دفع العار عن نفسه حيث يقصد ان يجعل لنفسه شبيها وهو ولد غير معروف الاب فترد شهادته وعندنا تقبل لانه عدل تقبل شهادته في غير الزنا فتقبل في الزنا اعتبارا لغيره من الشهود والتهمة

كتاب اللقطة

يستحب اخذ اللقطه ورفعها خوفا من ان تصل اليها يد خاينه واخذها افضل عند عامه العلما واذا خاف ضياعها يجب الالتقاط على ما قالوا كذا ذكر في الهدايه صونا لاموال الناس عن الضياع وذكر في شرح القدوري للاقطع وقد قال اصحابنا يستحب اخذ اللقطه ولا يجب ومن اصحاب الشافعي من قال يجب اذا خاف ضياعها ويستحب اذا لم يخف وهذا لا يصح لان كل فعل لو تركه لم يضمن به اللقطه فانه لا يجب فيها اصله التعريف فان قيل المقصود من اخذها الحفظ فاذا لم ياخذها فقد

ضيع الحفظ قيل له تبطل بما اذا امتنع من اخذ الوديعه فقد ترك التزام الحفظ والاخذ
غير واجب والمختار ما ذكره لان صون اموال الناس عن الضياع تشبيه الاستحباب
والتقاط اليد الخائنه مشكوك فيه بل الظاهر من المسلم العداله وعدم التضييع وقال
بعض اصحابنا اذا خاف على نفسه الطمع فيها وانه لا يعرفها ولا يردها فالافضل الترك
صيانة لنفسه عن الوقوع في الحرم قال اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليردها
كان امينا ولم يشترط الاشهاد للقطه اما انه يشترط ان يشهد الملتقط انه ياخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها وان لم يشهد ضمن وهذا عند ابي حنيفه ومحمد كذا في
الهدايه والمنظومه وفي شرح الاقطع قول محمد مثل قول ابي يوسف انه لا يضمن اذا
لم يشهد والقول قوله مع يمينه انه اخذها ليردها ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمن
بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان صدقا انه اخذها
ليردها لم يضمن بالاجماع لان تصادقهما كالبينه وجه قول ابي يوسف ان الظاهر
شاهد له لان المسلم انما يختار الحسبه دون المعصيه ظاهرا ولانه مندوب من قبل
الشرع الى اخذها فكان ماذونا له فيه فلا يضمن اصله المودع ولهما حديث يزيد بن
الشخير ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا
يغيب ولا يعبر فان جا صاحبها فهو احق بها امر بالاشهاد عند الاخذ فكان شرطا
في جواز الاخذ لا على ذلك لم يكن الاخذ على الوجه المشروع فيكون غاصبا ولانه
اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبريه عن الضمان وهو مشكوك فيه والظاهر
يعارضه ظاهر اخر وهو تصرف الانسان لنفسه الا ان يعلم غيره ويكفي في الاشهاد
عليه ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي قال ويعرفها مدة يغلب على
ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك هو الصحيح ويعرف ما دون العشره دراهم
اياما وفي ما فوقها حولا روايه ذكر القدوري هذه الروايه ومعنى قوله اياما
اي على حسب ما يرى الملتقط ومحمد رحمه الله قدره في الاصل بحول من غير تفصيل
بين القليل والكثير وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام في اللقطه اعرف عفاصها
ووكاءها ثم عرفها سنة ووجه الاول ان الحديث ورد في لقطة كانت تساوي
مائة دينار والعشرة فما فوقها في معنى ذلك في تعلق استحلال الفرج وقطع اليد
بسرقتها وليست في معناها في تعلق وجوب الزكاه فكان التعريف فيها بالحول

احدا بالاحتياط وما دون العشره ليست في معنى الالف بوجه فيفوض الى راي من ابتلي
على انه ورد فيه في حديث عمر بن عبد الله عن جده عن ابيها انه عليه السلام قال من التقط
لقطة يسيرة درهما او حبلا او شبهه فليعرفها ثلاثة ايام فيتبين بالحديثين ان الحكم يختلف
باختلاف مقادير اللقطه قال في الهدايه والصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض
الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق
بها وان كانت اللقطه شيئا لا يبقى عرفها حتى اذا خاف ان يفسد تصدق بها والاشاره
الى الصحيح من الزوايد قال ثم تصدق بها ان شا فان جا صاحبها فامضاها او لا
ضمن الملتقط والمسكين ان شا وان كانت قائمة اخذها منه اذا عرفها المده التي يغلب
على ظنه ان صاحبها لا يطلبها فهو مخير بين ان يحفظها حسبة ورجا الظفر بصاحبها
وبين ان يتصدق بها عنه لان الواجب ايصال الحق الى من هو له بقدر الامكان وذلك
بايصال العين عند الظفر بالمالك او ايصال العوض وهو ثواب الصدقه على اعتبار اجازه
التصدق بها فان جا المالك بعد التصدق ولا يخلو اما ان يمضي الصدقه فيكون له ثوابها
واما ان يضمن وانما كان مخيرا بين التضمين والامضاء لان الصدقه وان اذن الشرع فيها
فانها لم ياذن فيها المالك فتتوقف على الاجازه وان لم يجز الصدقه فله تضمين الملتقط
لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه وان كان باذن الشرع الا ان اذنه مبيح وانه لا ينافي الضمان
باعتبار حق العبد الا ترى ان باذن الشرع اذن في تناول الغير بغير اذنه حالة المخمصه ثم لا ينافي
الضمان وان شا ضمن المسكين معناه اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه واذا
كان قائما في يده اخذه ان شا لانه عين ماله وايهما ضمن لا يرجع على الاخر اما الملتقط
فلانه ملكها من وقت التصدق ويكون متصدقا بماله فلا يضمن غيره واما الفقير
فلانه عوض ما وصل اليه وتضمين المسكين واحدها فانه من الزوائد قال
وان التقط العبد ما لقطة قبل التعريف بيع او فدي وبعده طولب به للحال ولم
يوخروه الى عتقه عبد التقط لقطة فلم يعرفها واتلفها ثم جا صاحبها يواخذ المولى
بضمانها او يبيعه كما في سائر اتلافات العبد وهذا بالاجماع وان اتلفها بعد تعريفها
المده المشروطه ثم جا مالكها لم يطالب بها في الحال عند مالك لانه صرف ذلك
الى نفسه وهو محتاج اليه باذن صاحب الشرع بشرط الضمان وهذا ضمان يختص به
فيطالب به بعد العتق وعندنا يطالب به في الحال فيفدي به المولى او يبيعه لانه ضمان
استهلاك فيظهر في حق المولى بالفدا او بالبيع في الضمان والمسله من الزوايد قال

ويجوز للفقير ان ينتفع بها لان في ذلك نظرًا من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير اخر غيره
قال ولا يجزيه للغني لا يجوز للملتقط الغني ان ينتفع باللقطة عندنا وقال الشافعي
يجوز لحديث ابي رضي الله عنه فان جا صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير
ولنا ان اطلاق النصوص يمنع انتفاع الغير بمال الغير بغير رضاه والاباحة للفقير لما رويناه
من الامر بالتصدق او بالاجماع وما رواه من انتفاع ابي لكان باذنه صلى الله عليه وسلم
وانتفاع الغني باذن الامام يجوز ولانه كان فقيرًا وقوله عليه السلام اخلطها بمالك لا يثبت
به غناه لجواز ان يملك ما دون النصاب قال ولا يتصدق بها عليه يعني على الغني
وهذا لان المامور به انما هو التصدق لقوله عليه السلام فان جا صاحبها والا تصدق
بها والصدقة على الغني لا تجوز فاشبه الصدقة المفروضة قال ويجوز ان يتصدق بها
الغني على اهله الفقرا لان ذلك نظرًا من الجانبين قال ويجوز في الشاة والبقر
والابل والفرس قال في شرح الاقطع ان الخلاف في جواز الالتقاط مع الشافعي وذكر
في الهداية ان الخلاف في ان الترك هو الاولى عنده لحديث خالد الجهني جا رجل الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فساله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاها وعرفها سنة
فان جا صاحبها والا فشانك بها قال فضالة الغنم قال خذها فانما هي لك او لاخيك او
للذيب فقال يا رسول الله فضالة الابل فغضب صلى الله عليه وسلم وقال ما لك ولها معها
حذاوها ترد الما وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها فمنع صلى الله عليه وسلم من اخذها
وفي معناها البقر والفرس وهذا ادل على عدم الجواز ووجه اولوية الترك ان
الاصل في مال الغير الحرمة والاباحة لخوف الضياع فاذا كان معها ما تدفع به عن نفسها
قل ضياعها ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة ويندب الى الترك ولنا حديث عياض
بن حماد انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان وجدت صاحبها والا فهي
مال الله والاصل هو الحمل على الاطلاق ولانها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها
وتعريفها صيانة لاموال الناس عن الضياع كما في الشاة وفيما رواه حكم ضالة الابل
عند كونها محفوظة وخصوصًا في زمنه صلى الله عليه وسلم لغلبة الامانة فلم يكن
ثمه الخوف عليها الا من الافتراس لا من ايدي الناس بخلاف زماننا هذا لغلبة الخيانة
وقلة الامانة والضياع متوقع غالب والخلاف في المسالة موضوع بما اذا غلب على الظن
ضياعها وقد دل على ذلك ما نبه في الشاة ونبه به على حكم ضالة الابل حالة الخوف عليها
مع ما رويناه فالاخذ صيانة لحفظ مال المسلم اولى ويحتمل انه قد اسقطنا هذا الخلاف

المذكور من المتن يجري مذهب الشافعي ما ذكره صاحب شرح الوجيز فقال الحيوان صنفان
احدهما ما يمتنع من صغار السباع بفضل قوته كالابل والخيل والبغال والحمير او لشدة عدوه
كالارنب والظبا المملوكة او بطيرانه كالحمام فان وجدها في مفازة فللحاكم ونوابه اخذها
للحفظ وفي جواز اخذها للاحاد للحفظ وجهان اصحهما جوازه وهو المنصوص لئلا ياخذها
خاين فيضيع واما اخذها للتمليك فلا يجوز لاحد ومن اخذها للتمليك ضمنها ولا يبرا عن
الضمان بالرد الى ذلك الموضع فان دفعها الى القاضي يبرى على الاصح وان وجدها في بلدة
او قرية او موضع قريب منها فوجهان او قولان احدهما لا يجوز التقاطها للتمليك كالمفازة
واصحهما جوازه لانها في العمارة تضيع بتسلط الخونة وقيل يجوز قطعًا وقيل لا يجوز قطعًا
هذا اذا كان الزمان زمان امن فاما في زمن النهب والفساد فيجوز التقاطها قطعًا
وجدت في الصحرا او العمران والصنف الثاني ما لا يمتنع من صغار السباع كالكسير سوا
والعجول والفصلان فيجوز التقاطها للتملك سوا وجدت في المفازة او العمران وفي وجه لا
يوخذ ما وجد في العمران والصحيح المعروف انه لا فرق قال فان اذن له الحاكم
في النفقة والا كان متبرعًا اما اذا لم ياذن له الحاكم فلان ولايته قاصرة عن ذمة المالك
واما اذا اذن له في ذلك فللحاكم الولاية في مال الغايب نظرًا له وقد يكون النظر
في الامر بالانفاق على ما نفصله قال ويوجرها الحاكم وينفق عليها من الاجرة
ان كان لها منفعة والا باعها ان كان اصلح وحفظ ثمنها اما الاول وهو ما اذا كان للبهيمة
الضالة منفعة فان الحاكم يوجرها وينفق عليها من اجرتها فانه في ذلك من المصلحة وهو
ابقاء العين على ملك المالك من غير الدين بالنفقة واما الثاني فلانه اذا لم يكن فيها منفعة
وكان الاصلح بيعها باعها وامر بحفظ ثمنها لان ذلك ابقا للضالة على ملكه معنى حيث تعذر
الابقا صورة لعدم المصلحة في ذلك حيث تستغرق النفقة قيمتها ولا منفعة لها تقوم
بازاء ذلك قال وان راى الانفاق مدة قصيرة اصلح امر به اذا راى الحاكم
المصلحة في الانفاق عليها اذن في ذلك قالوا انما يامره يومين او ثلثه على حسب ما يراه
رجا ان يظهر مالكها فان لم يظهر في تلك المدة امر ببيعها وحفظ ثمنها لان النفقة
على وجه الاستمرار تستاصل قيمتها فلا يكون في ذلك نظرًا للمالك فلهذا زاد هذا
القيد اعني المدة القصيرة وقيل من شرط الامر بالانفاق ان تقوم البينة وهذا صحيح لجواز
ان يكون في يده غصبًا وفي الغصب لا يومر بالانفاق وانما يامر بالوديعة بالبينة لكشف
الحال لا للقضاء وان قال ليست لي بينة قال له القاضي انفق عليها ان كنت صادقًا

فما بلغت ليمكنه الرجوع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا قال
وجعلها دينا يحبسها لاستيفاها في لقطة الجعل اشارة الى انه انما يرجع على
المالك اذا حضر ولم تبع الدابه اذا شرط له القاضي الرجوع كما بينا في اللقيط وهذه
رواية في الصحيحه ومعنى الحبس للاستيفاء ان المالك اذا حضر وطلب اللقطه
كان للملتقط ان يمنعه منها حتى يحضر النفقه لان الملتقط احيا اللقطه بالنفقه فصار كانه
استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع ولا يسقط النفقه لو هلكت الدابه قبل الحبس
ويسقط لو هلكت بعده لانه بالحبس يشبه الرهن قال ـــــ واذا ادعاها لم تدفع
اليه الا ببينه ويحل له ان يدفعها اليه بذكر علامة ولا يجبر اذا حضر رجل وادعى اللقطه
لم يدفع اليه الا اذا اقام البينه فان اعطى علامه منها حل للملتقط ان يدفعها اليه من
غير ان يجبر على ذلك في القضاء والعلامه مثل ان يسمي وزن الدراهم او يذكر عددها
ووعاءها وعن مالك والشافعي رحمهما الله الاجبار على ذلك بذكر العلامه لان
المنازعه في اليد دون الملك فيشترط ذكر الوصف لوجود المنازعه من وجه ولا
يشترط لعدم المنازعه من وجه ولنا ان اليد مقصوده كالملك فلا يستحق
اليد الا بحجه شرعيه وهي البينه اعتبارا لليد بالملك الا انه يحل له الدفع اليه لما ورد
من الحديث وهو قوله عليه السلم فان جا صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها
اليه وهذا الامر للاباحه جمعا بينه وبين قوله عليه السلام في الحديث المشهور
البينه على المدعي قال ـــــ ويستوي بين لقطه الحل والحرم ذكر الخلاف في الهدايه
ان مذهب الشافعي وجوب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجي صاحبها لقوله عليه
السلم في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف
عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولان في التصدق بها بعد مضي
المده التي يجب التعريف فيها ابقا الملك المالك من وجه فيملك اعتبارا للقطه الحل
وتاويل ما رواه انه لا يلتقط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لما يتوهم من سقوط التعريف
بنا على انه للغربا ظاهرا

كتاب الخنثى

قال ـــــ اذا كان للمولود فرجان فبال من احدهما او سبق اعتبر به وان كانا معا فهو
مشكل وما اعتبر بالاكثر الخنثى مشتق من الخنث وهو التكسر سمي به لانه ينقص حاله
عن حال الرجال ويزاد على النساء بان جمع الالتين فان بال من الذكر كان غلاما وان بال من الفرج

كان انثى لانه صلى الله عليه وسلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان البول
دليل على ان العضو الذي يخرج منه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر عيب فينسب الى
الصحيح وان بال منهما جميعا الا انه يسبق من احدهما نسب الى الاسبق منهما لان السبق دليل
قوة العضو واصالته وان كانا في السبق سواء قال ابو حنيفة رحمه الله هو خنثى مشكل
ولا يعتبر الاكثر منهما وقالا ينسب اليه لان الكثرة دلالة اصالة العضو وقوته فيجوز ان
تعتبر به ولان للاكثر حكم الكل فيترجح به وله ان الكثرة لا تدل على القوة لجواز ان
يكون لضيق مجرى احدهما وسعة الاخر وان كانا في السبق والفراغ سوا فهو خنثى مشكل
بالاجماع لعدم وجود المرجح قال ـــــ واذا بلغ فظهرت له امارات الرجال او النسا اعتبر
بها وان لم تظهر او تعارضت كان مشكلا فيوخذ فيه بالاحوط فيقدم على صف النسا فان
صلى معهن اعاد او مع الرجال اعاد من عن يمينه وشماله وخلفه ويصلي بقناع ويجتنب لبس الحرير
والحلي ولا يخلو به غير محرم ولا يسافر الا مع محرم ويختنه امة تشترى له من ماله والا من بيت
المال فتباع ولو ورث مع ابن فهو انثى وقالا له نصف ميراثي ذكر وانثى فيعطيه ثلثه
اسهم من سبعة لا خمسه من اثني عشر واذا مات ييمم ويكفن كالمراه الخنثى اذا وجد
فيه احد الامارات بعد البلوغ فانه ينسب الى تلك الاماره فاذا بلغ فخرجت له لحية او وصل
الى النساء او احتلم كالرجال او كان له ثدي كثدي الرجال فهو رجل وان ظهر له ثدي كثدي المراه
او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او مكن الوصول اليه من الفرج فهو امراه وان اشكلت
حاله اما لعدم هذه الامارات او لتعارضها اخذ فيه بالاحتياط في امور الدين فاذا اراد
ان يصلي وقف بين الصبيان والنساء لاحتمال انه امراه فلا يتخلل الرجال فيفسد صلوتهم
ولا النسا لاحتمال انه رجل فيفسد صلوتهن فان قام في صف النساء فالاحب ان يعيد
صلوته اخذا بالاحتياط لاحتمال كونه رجلا وان قام مع الرجال اعاد الصلوه ثلثه الذي
على يمينه والذي على شماله والذي وراه احتياطا لاحتمال كونه امراة وكذلك يصلي بقناع
لاحتمال كونه امراه ويجلس في صلوته جلوس المراه فانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وان
كان امراه فقد ارتكب مكروها لان مبنى حالهن على الستر وان صلى بغير قناع فالاحب ان يعيد
لاحتمال كونه امراة وكذلك يجتنب لبس الحرير ويجتنب الحلي لاحتمال كونه رجلا وكذلك الحكم
في السفر والخلوة احترازا عن الحرام وهذه الفروع من قوله فيوخذ فيه بالاحوط الى ههنا
من الزوايد واذا اراد الاختتان وله مال تباع له امة تختنه وان لم يكن له مال تبتاع
من بيت المال لانه لا يجوز ان يختنه رجل ولا امراه للاحتياط وانما يشتري من بيت المال لانه

معدٌّ لمصالح المسلمين ويجوز لأمته النظر إلى عورته رجلاً كان أو امرأة فإذا احبنه سعت
ورد ثمنها في بيت المال إن كان الشراء منه ولو حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول
ولد تلده غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين حاله لأن الحنث لا يثبت بالشك وكذلك
لو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق لوقوع الشك فيه فلو قال
الكلامين معاً عتق للتيقن بوجودهما وإن ورث مع ابن فهو أنثى عند أبي حنيفة للابن
سهمان وله سهم وقال أبو يوسف ومحمد له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا
قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله فقال محمد المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن
سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى
ثلاثة لأن الابن لو انفرد يحرز المال كله والخنثى لو انفرد فله ثلاثة الأرباع فإذا اجتمعا
ضرب الابن بأربعة أسهم وهو بثلاثة أسهم فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً انقسم
المال بينهما نصفين ولو كان أنثى قسم المال بينهما أثلاثاً فاحتجنا إلى حساب له ثلث ونصف
وأقله ستة ففي حال له النصف وفي حال له الثلث سهمان وللابن أربعة فسهمان له
بالتيقن ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف وإذا انكسر ضوعف
الحساب لنزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وله أن
المتيقن هاهنا سهم الأنوثة لأن الحاجة إلى إثبات المال ابتداء والأول متيقن وهو ميراث الأنثى
فصرنا إلى المتيقن وعدلنا عن إثبات الزائد لأن المال لا يجب بالشك وصار كما لو وقع الشك
في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن فإن أصابه أخس السهام بتقدير كونه ذكراً
فإنه يعطى نصيب الابن في تلك الصورة مثاله أن يكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم
خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختاً لأب وأم خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث
والباقي له وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي له لأنه أقل النصيبين فيهما
وإذا مات قبل أن يستبين حاله لم يغسله رجل ولا امرأة لأن حال الغسل ليس بأثبت من
الرجال والنساء سوى احتمال الحرمة ولكن يتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ويلف في خمسة
أثواب لأنه إن كان أنثى فقد أقيمت السنة وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلث ولا بأس
بذلك وإن سجي قبره فهو لا يجب لأنه إن كان أنثى فالتسجية واجبة وإن كان ذكراً فالمضرة وهذه

كتاب المفقود

فقد الشيء عدم وفي الشرع المفقود هو الموجود الحي الذي جهل مكانه وحياته إما بأنه غاب عن

أهله وبلده اختياراً أو غاب خبره أو أسره العدو ومذهب مالك رحمه الله في ذلك
أن الأسير لا يضرب له أجل ولا يقع الفرقة حتى يستبين طلاقه أو موته أو تمضي مدة لا يعيش
مثله إلى مثلها لأن حياته معلومة وعذره في عدم قصد المضارة بها ظاهر وإنما يضرب الأجل
وهو الأربع سنين عنده فيمن غاب عن أهله اختياراً ولم يعلم مكانه ولا حياته وأما المفقود
في المعركة فعنده أن الإمام يجتهد في حاله فإن غلب على ظنه أنه من القتلى اعتدت امرأته
وتزوجت ولا يحتاج إلى ضرب أجل لأن الأغلب من شأنه الهلاك ذكره في المعونة وعندنا
أن المفقود من غاب خبره وجهل مكانه مطلقاً قال إذا جهل مكان المفقود وحياته
نصب القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقوقه وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته
في حضوره بغير قضاء ويبيع منه ما يخاف هلاكه فإذا مضت مدة لا يعيش مثله إليها
حكم بموته واعتدت زوجته وقسمت تركته ولم يعتبروا أربعة أعوام ولم يقطعوا نكاح
الأول بدخول الثاني ويجعل حياً في ماله ميتاً في مال غيره أما تولي القاضي لذلك
فلأن له الولاية بالنظر على كل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن ذلك فالتحق
بالصبي والمجنون حكماً وفي نصب من يقوم في ذلك ويستوفي حقوقه ويحفظ ماله نظراً
له بتولاه وقوله ويستوفي حقوقه مخصوص بما إذا كان له دين على غريم بإقرار الغريم به أو
لو كان له دين قد ثبت بعقده لأنه أصل في حقوق بيعه أو له غلات فإنه يقبضها وأما
الدين الذي تولاه المفقود والنصيب الذي له في العقار والعروض في يد رجل فليس له أن
يخاصم في ذلك لأن الخصومة إنما للمالك أو لنائبه وهذا وكيل بالقبض من جهة القاضي
وليس بمالك ولا نائب عن المالك فلم يملك الخصومة إجماعاً وإنما الخلاف فيما إذا كان
وكيلاً بالقبض من جهة المالك وإذا لم يكن له الخصومة فلو حكم بذلك كان حكماً
على الغائب وإنه غير جائز إلا إذا كان القاضي يرى جواز الحكم على الغائب فإنه يحكم
به لأنه قضاء في مجتهد فيه ولا يقال إن المختلف فيه نفس الحكم على الغائب فيجب أن
يتوقف على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف لأنا نقول المجتهد فيه
سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا فإذا رآها
القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وأما النفقة فالذي
ذكره القدوري رحمه الله وينفق على زوجته وأولاده وليس هذا الحكم مقصوراً
على الزوجة والأولاد بل هو عام في جميع قرابة الولاد والأصل فيه أن كل من استحق النفقة
في ماله حال حضوره بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله حال غيبته لأن القضاء حينئذ

يكون اعانة على ذلك وكل من لا يستحق النفقة عليه حال حضوره الا بقضاء القاضي لا تجب عليه حال فقده لانها حينئذ لا تجب الا بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز ولهذا عدل في الكتاب عن تخصيص ذلك وذكر الاصل الذي عليه الاعتماد من القسم الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والعم والعمة والمراد بقوله من ماله الدراهم والدنانير لان النفقة فيه ما يستحقونه من المطعوم والملبوس فان كان في ماله جنس ما يستحقونه دفعه اليهم وان كان ماله دينا او وديعة فان اعترف المديون والمودع بالمال وبالزوجية والنسب انفق عليهم من ذلك وان كان ظاهرا عند القاضي لم يحتج في ذلك الى اعترافهم وان ثبت عنده بعض ذلك احتاج الى اعترافهم في الباقي وهذا هو الصحيح وان انفق المديون او المودع عليهم بغير امر القاضي فهما ضامنان لان الحق لم يصل الى مالكه ولا الى نائبه بخلاف ما اذا انفق بامر القاضي فانه نائب عن الغائب وان كانا جاحدين مطلقا او كانا جاحدين للنكاح والنسب لم يكن لاحد من مستحقي النفقة ان يخاصمه في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها لا تتعين في هذا المال خاصة واما البيع فانه لا يبيع ما لا يخاف عليه الهلاك في نفقة ولا غيرها لانه منصب لحفظ المال والحفظ راجع الى صورة المال ومعناه فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة مع الامكان ويجوز له بيع ما يخاف عليه الهلاك لانه تعذر حفظ صورته فتعين عليه حفظ المعنى وهذا بين واما الحكم بموته فالمذكور في الكتاب هو ظاهر المذهب والمذكور في القدوري وهو ان يمضي عليه مائة وعشرون سنة حين ولادته فهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قال صاحب الهداية وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف يقدر بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين وعند مالك رحمه الله اذا مضت عليه اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته اذا سالت ذلك ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت من الازواج فان جاء الزوج الاول قبل دخول الثاني بها فهو احق بها وان دخل بها الثاني فلا سبيل للاول عليها هكذا قضى عمر رضي الله عنه في ذلك وكفى به قدوة واما ما وجه من طريق النظر انه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة ويؤخذ المقدار من الايلاء وهو الاربع والسنين من العنة اخذا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة

ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق وهذا مبين لما ذكر في النص من البيان ومن جهة النظر ان النكاح معلوم بسفر والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح الثابت باليقين بما هو مشكوك فيه ونقل ان عمر رضي الله عنه رجع في المسالة الى قول علي رضي الله عنه واما الايلاء فقد كان طلاقا معجلا فجعله الشرع مؤجلا فهو موجب للفرقة والعنة اذا استمرت سنة فلما يتفصل والظاهر من حال الغائب انه يؤوب فلم يصح الاعتبار بهما واما كونه ميتا في مال غيره فمعناه انه لا يستحق ماله الى غيره من غير علم بموته ولا يورثه مال غيره لانه لا يعلم انه يصح منه التمليك حينئذ فلا يثبت له الملك بالشك فلا يرث احدا مات في حال فقده لما قلنا ونقسم تركته عند الحكم بموته على ورثته الموجودين في ذلك الوقت دون من مات منهم من قبل ذلك اعتبارا للموت الحكمي بالموت الحقيقي

كتاب الاباق

رد الآبق افضل اذا قدر عليه لان في ذلك احياء له واتقاء للهلاك لمالكه فيه وكذلك الضال وقيل بل ترك الضال افضل لانه يقف مكانه فيجده مالكه بخلاف الآبق فان رد الآبق من مسيرة السفر فصاعدا من اشهد عليه انه اخذه ليرده وجب له الجعل اربعون درهما وفيما دونها بحسابه ولا يتوقف على الشرط اذ رد رجل عبدا ابقا على مولاه فاتى به من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وكان عندنا لاخذ قد اشهد عليه انه انما اخذه ليرده على صاحبه لا لنفسه وفي الاشهاد خلاف ابي يوسف كما مر في اللقطة فقد وجب له الجعل على مولاه وقدره اربعون درهما وان اتى به من اقل من مسيرة ثلثة ايام فله من الجعل بحساب ذلك وهذا استحسان وقال الشافعي لا يجب له عليه شيء الا ان يشترط على المولى شيئا فيلزمه ما شرط وهو القياس لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ما روي عن عمر وابن مسعود انه لم يزل يسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول جعل الآبق اربعون درهما واجمعت الصحابة على وجوب الجعل لكنهم اختلفوا في مقداره فمنهم من قدره باربعين ومنهم من قدره بما دون ذلك فقلنا بوجوب الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونها توفيقا بين اقوالهم رضي الله عنهم ولان في ايجاب الجعل حملا على رد الآبق لان فعل ذلك على وجه الحسبة نادر وكان في ذلك صيانة اموال الناس فيقدر بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الالحاق به ولان الضال لا يحتاج الى الحفظ فقد رحاجة الآبق لتواري الآبق واختفائه دون

الضال ويعتبر الرضخ فيما دون مدة السفر باصطلاحهما وقيل برأي القاضي وقيل
يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لانها اقل مدة السفر قال فان كانت قيمته
اقل منه حكم له بقيمته الا درهما وما مر من الجعل المذكور في مختصر القدوري قول محمد
رحمه الله لابي يوسف ان الجعل ثبت بالنص فلا ينقص منه الا ترى ان الصلح على اكثر من اربعين
لا يجوز وعلى اقل يجوز لانه حط منه وعلى الاكثر يعتبر ولمحمد ان الاصل في الجعل ان
يكون حاملا على الرد تحصيلا لفائدة احياء الملك على المالك نظرا له ثبت ذلك على خلاف
القياس ففي القياس ان لا يجب شيء لانه تبرع بمنافعه على السيد وليس في ايجاب الجعل كاملا
مع استغراق القيمة تحصيل شيء من النظر فوجب ان ينقص من قيمته درهم ليحصل النظر
قال وان ابق منه فلا شيء عليه ولا له اذا ابق العبد من الذي اخذه فلا شيء للمولى عليه
ولا له على المولى جعل اما الاول فلانه اشهد عليه عند الاخذ فكان في يده امانة فان
ابق او مات فقد تلف من غير تفريط منه فلم يضمن واما عدم وجوب الجعل فلانه في معنى
البائع من المولى ولهذا كان له حبسه حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء
الثمن قال ولو رده الى المصر فمات المالك وهو مورثه قبل قبضه بطله رجل
رد الابق فلما ادخله المصر مات العبد قبل ان يسلمه منه والمالك مورثه قال ابو يوسف
يبطل الجعل لانه انما يجب بالتسليم اليه الا ترى انه لو هلك العبد في المصر قبل التسليم
يبطل الجعل فلذا هذا وقال ابو حنيفة ومحمد له الجعل في التركة لانه واجب بالعمل وهو
الرد من مسيرة ثلاثة ايام وقد عمل للمالك في حياته فوجب الجعل ولا يسقط بموت
المالك وصيرورته للعامل كالاجير المستأجر يعمل لمورثه بموت قبل ان يسلمه اليه
لا يسقط الاجر كذا هذا قال ويجعل المدبر وام الولد لا المكاتب كالقن
ومعناه اذا رد في حال حياة المولى لما انه من احياء ملكه ولو رد بعد موته لا جعل
فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولا يقال ان الجعل باحياء المالية ولا مالية
في ام الولد خصوصا على مذهب ابي حنيفة رحمه الله لانا نقول ليس في ام الولد مالية
باعتبار الرقبة ولكن لها مالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيى الراد ذلك
برده فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه فلا يكون راده محييا للمولى
مالية لا باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب وهذه من الزوائد ۝

كتاب احياء الموات

قال اذا احيى مسلم او ذمي ارضا لا ينتفع بها وليست مملوكة لمسلم ولا ذمي
وهي بعيدة من القرية اذا صاح من باقصى العامر لا يسمع بها صوته ملكها واذن
الامام شرط انما سميت هذه الارض مواتا لانقطاع الانتفاع بها اما لغلبة الماء
عليها او لانقطاعه عنها او لكونها حجرية او سبخة ونحو ذلك من الاسباب المانعة
عن الزراعة قال القدوري رحمه الله فما كان منها عاديا لا مالك له او مملوكا قدم
خرابه او كان لها مالك في الاسلام الا انه لا يعرف مع البعد المذكور فهو موات والمروي
عن محمد رحمه الله انه شرط ان لا يكون مملوكة لمسلم ولا ذمي مع انقطاع الارتفاق
بها ليتحقق كونها مواتا فاما ما كان منها مملوكا لمسلم او ذمي لا يكون مواتا بل يكون
لجماعة المسلمين اذا لم يعرف المالك ولو عرف من بعد ردت عليه وضمن زارعها نقصان ن
الارض وهو المختار فلذلك ذكرنا في المتن والبعد الذي ذكره شرطه ابو يوسف
لان الظاهر ان ما كان قريبا من القرية ينتفع اهلها بها فيدار الحكم على البعد والقرب
دون حقيقة الارتفاق وجودا او عدما واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف
لان القريب من القرية وان لم ينتفع به اهلها حقيقة لكن لهم حق الارتفاق حقيقة او دلالة
فلا يكون مواتا فعلى هذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر لتعلق حقهم به وسواء احياها
مسلم او ذمي ملكها لان الملك تابع للاحياء ومسبب عنه فيثبت حيث يثبت السبب
ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذمي لانه ابتداء وضع يجب على كل واحد
ما يليق بحاله واما اشتراط اذن الامام فهو مذهب الامام وقالا لا يشترط اذنه
لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه سبقت اليه يده وهو
مباح بلا خصوص فيثبت الملك كما في الحطب والصيد وله قوله عليه السلام ليس للمرء
الا ما طابت به نفس امامه والمراد المباحات الا ان الحطب والماء والحشيش خصت
بالحديث فبقي ما عداها على الاصل ولان هذه الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين
عليها بايجاف الخيل والركاب فلم يكن لاحد ان يختص بها بدون اذن الامام كسائر
المغانم وما رويناه محمول على انه اذن لقوم باعيانهم لا نصب شرع جمعا بين الحديثين
قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين دفعت الى غيره لان الدفع الى
الاول كان ليحصل الخراج او العشر النافع للمسلمين وهما يترتبان على العمارة فاذا لم
يعمرها دفعت الى غيره تحصيلا للمقصود ومجرد التحجير لا يكون احياء ليملك به الارض
لان التحجير هو الاعلام سمي به لانهم كانوا يضعون الحجارة حول الارض ليحجروا الغير عن

لاحيائها وإذا لم يملكها بقيت على ما كانت عليه قبل التحجير هو الصحيح وأما التوقيت بثلث
سنين فلقول عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلث سنين حق ولأن ما دون الثلث سنين
زمان لا يفي بالتحجير والعود إلى الوطن لتهيئة أسباب الزراعة ثم العود والاشتغال بذلك
فقدرناه بالسنين توزيعا للأحوال على الأوقات طلبا للتوسعة فإذا مضت هذه المدة
فالظاهر منه تركها قالوا وهذا على وجه الديانة حتى لو أحياها غيره قبل انقضاء المدة
ملكها لأنه أحياها حقيقة ونظيره السوم على سوم الأخ فإنه يكره ولو باع
صح العقد قال وحريم بئر الناضح أربعون كالعطن وقالا ستون ويقدر للعين
خمسمائة من كل جانب ويمنع غيره من الحفر فيه إذا احتفر بئرا في برية فله حريمها فإن
كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا وإن كانت للناضح فحريمها عند أبي حنيفة أربعون
أيضا وقالا ستون وحريم العين خمسمائة من كل جانب لهما في المسألة الخلافية حديث
الزهري أنه عليه السلم قال حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا
ولأن الحاجة متفاوتة فتفاوت الحريم لأن بئر الناضح يحتاج الحبل سير دابته للاستقا
وقد يطول الرشا وبئر العطن للاستقا باليد فظهر التفاوت وله قوله صلى الله عليه
وسلم من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته من غير فصل وهذا عام
وقع الاتفاق على قبوله والعمل به فهو أولى من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولأن
القياس يأبى استحقاق الحريم لأن الاستحقاق بالحفر والحفر في غير موضعه فيما اتفق
عليه الحديثان تركنا القياس وفيما تعارضا فيه أعملناه ولأنه كما يستقى من بئر
العطن باليد يستقى من الناضح به أيضا ويمكن إدارة البعير حول البئر فلم يكن المسافة
ضرورية ونقل عن أبي حنيفة إنما جعل في حديث الزهري حريم الناضح ستين لأجل
مد الحبل لا أنه يملك ما زاد على الأربعين ولو احتاج إلى سبعين لمد الحبل فله ذلك لا
أنه يملكه وعن محمد في حريم الناضح أنه يقدر بمد الحبل سبعون كان أو أكثر والعطن
مبرك الإبل حول الماء عطنت الإبل فهي عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند
الحياض لتعاد إلى الشرب والنواضح الإبل التي يستقى الماء وأخذها ناضح وأما العين
فحريمها خمسمائة لما روينا هكذا ذكره الطحاوي واختاره صاحب الهداية
وفي نسخ القدوري بثلثمائة والمشهور من الحديث خمسمائة ولأن العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع لاجتماعه فيه ومن موضع يجري منه إلى المزارعة فكان أحوج إلى
زيادة المسافة وقد قيل إن هذا التقدير في أراضيهم وهي صلبة وأما في الأراضي

الرخوة فيزاد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول والصحيح في الذرع أنه من كل جانب
لأن الأراضي الرخوة يتحول فيها الماء إلى ما حفر دونها فيعتبر من كل جانب رعاية للحفر ويمنع
غيره من الحفر لضرورة الانتفاع به وليس للآخر التصرف في ملك غيره قال وما [illegible]
ما امتنع عود دجلة والفرات إليه فالموات إذا لم يكن حريما وإن جاز عوده لم يجز إحياؤه
دجلة والفرات إذا تركا مكانا وعدلا عنه إلى غيره فإما أن يجوز عودهما إليه أو يمتنع
فإن جاز عودهما إليه لا يجوز إحياء ذلك المكان لأنه ملك لجماعة المسلمين وحقهم فيه
ثابت لجواز العود إليه فلا يصح تخصيص أحد به وأما إذا امتنع العود إليه ولم يكن حريما
لعامر فإنه يلحق بالأرض الموات فيملكها من أحياها بإذن الإمام عند الإمام وبغير إذنه
عندهما كما سبق لانقطاع حق العامة منه قال والنهر في ملك الغير لا حريم له
إلا ببينة وقالا له حريم بقدر إلقاء الطين ونحوه وقيل هذا بالاتفاق وفي رواية يقدره
بنصف عرض النهر من جانبيه وقدره بكله إذا كان لرجل في أرض غيره فليس له حريم
إلا أن يقيم بينة بذلك وقالا له من الحريم بقدر ما يمشي فيه ويلقي عليه طين النهر ونحو
ذلك وقال المحققون من أصحابنا للنهر حريم بقدر ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه
بالاتفاق ذكره في المحيط وهذا من الزوائد وروي عن أبي يوسف أن حريمه بقدر
عرض نصف النهر من كل جانب لأن المعتبر هو الحاجة الغالبة ويمكن إلقاء طين النهر
من جانبيه فيقسم عرضه على الجانبين وعن محمد رحمه الله له بعرض النهر من كل جانب
لأنه قد لا يمكنه إلقاء الطين من الجانبين جميعا فيقدر بعرضه من كل جانب قال صاحب
الهداية وهو أرفق بالناس ولهما في المسألة الأولى أن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لأنه لا بد
من المشي لتسييل الماء ولا بد من مكان يلقى فيه طين النهر وأنه يحرج نقله إلى مكان آخر فصار
كالبئر وله أن ملك الحريم على خلاف القياس جاء لهناه بالنص الوارد فيقتصر على مورد
النص ولا يتعدى ولا يثبت في غيره إلا بطريق الدلالة دون القياس وهو أن يكون في معناه
من كل وجه وليس كذلك فإن الحاجة في البئر إلى الحريم أكثر لأن الانتفاع بالبئر موقوف
على الاستقا موقوف على الحريم بخلاف النهر لإمكان الانتفاع به بدون الحريم ه
فصل في الشرب هذا الفصل بمجموعه من الزوائد إلا المسألة الخلافية والشرب
هو النصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم قال
ويجوز قسمة الماء بين الشركاء على نوعين قسمة باعتبار الملك وقسمة باعتبار الحق كقسمة
الغنائم واقتسام الشركاء الماء من باب قسمة الحق وبعث صلى الله عليه وسلم والناس

يفعلونه فاقرهم عليه قال ودعوى الشرب بغير ارض وهذا استحسان لان الارض ليست من لوازم الشرب لجواز ان يكون حقه في الشرب دون الارض بان اشترى الارض والشرب ثم باع الارض وابقى الشرب او ورثه ويجوز ان يملك بالارث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر قال ويورث ويوصى بمنفعته لا برقبته ولا يباع ولا يوهب ولا يتصدق به اما الارث فلانه حق مالي يجري فيه الارث واما الايصاء وان كان مجهولا فذلك غير مانع من الوصية لان الوصية مبنية على السعة حتى جازت بالمعدوم وبالمجهول واما عدم جواز البيع والهبة والصدقة فلان القبض من لوازمها وهو غير متصور ولا سبيل الى تسليمه للجهالة الفاحشة ولانه غير متقوم حتى لو سقى به غيره لا ضمان عليه ولا يصلح مهرا ولا بد لا من الخلع ولا في الصلح عن دعوى مال ولا في القصاص حتى يجب مهر المثل ويرد المختلعة ما قبضت من المهر ويجب الدية ويسقط القصاص قال ويشترك الناس في ماء الاودية والانهار العظام في الشفة وسقي الارض ونصب الارحية وفي الشفة لا غير في النهر الخاص بالقرية والبئر والحوض وليس لاحد ان ياخذ شيئا مما احرز منه الا برضا صاحبه ه المياه انواع الاول ماء البحر وهو عام لجميع الانتفاع من الشفة وسقي الاراضي وشق الانهار لا يمنع احد من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء والثاني ماء الاودية والانهار العظام كسيحون وجيحون والفرات ودجلة والنيل يشترك الناس مسلمهم وكافرهم فيها ويسقون بها بالشفة وسقي الارض وشق الانهار اذا لم تضر بالعامة وذلك بان يحيي مواتا ويشق نهرا لسقيها ليس في ملك احد لانه مباح وان كان تضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان ينكسر ضفتاه فيميل الماء الى جانبيه فيغرق الاراضي والقرى وكذا شق السانية كالرحا والدالية والثالث الماء الجاري في نهر خاص لقرية فلغيرهم فيه شركة الشفة وهو الشرب وسقي الدواب ولهم اخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لا غير وان اتى على الماء كله لقوله عليه السلام الناس شركاء في ثلثة الماء والكلاء والنار ولانه لو منع الشرب في النهر الخاص لدفع الضرر عن اهله وبقي حق الشفة للضرورة اما الشفة فلحاجة او لعدم القدرة على استصحاب الماء في كل مكان والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص والرابع ما احرز في حب ونحوه فليس لاحد ان ياخذ منه شيئا الا برضا صاحبه وله بيعه لانه ملكه الا انه لا يقطع في سرقته لشبهة الشركة قال واذا كان النهر او البئر في ملك رجل فله منع غيره من دخوله فان لم يجد غيره مكنه منه او اخرجه اليه فان منعه وهو يخاف العطش قاتله بالسلاح وفي المحرز بغير سلاح ه في ارض مباحة فان لم يجد ما غيره

رجل له عين او بئر او نهر فله ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء غيره بقربه

ذلك فاما ان يتركه ياخذ الماء بنفسه بشرط السلامة واما ان يخرج الماء اليه فان منعه بعد ذلك وهو يخاف العطش على نفسه او على مطيته فله ان يقاتله بالسلاح لما روي ان قوما وردوا ماء فسالوا اهله ان يدلوهم على البير فابوا فسالوا ان يعطوهم دلوا فابوا فقالوا ان اعناقنا واعناق مطايانا قد كادت تتقطع فابوا ان يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح ولانه منع عن حقه لان حقه ثابت في الشفة فكان له ان يقاتله عنه واما المحرز في الاناء فله ان يقاتله بغير سلاح لانه ملكه باحرازه ومنعه عما اشرف على الهلاك قد دعت حاجته اليه فالمنع خالف الامر فقاتله لمخالفة الامر وهكذا الطعام حالة المخمصة كالماء المحرز لانه لاباحة والمقاتلة والضمان والاصل في هذا الفصل قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون وفي رواية الناس مشتركون في ثلث في الماء والكلاء والنار اما الماء فحكمه ما ذكرناه واما الكلاء وهو الذي انبسط على الارض ولا ساق له كالاذخر ونحوه فما كان منه في ارض مباحة فهو على الشركة وان كان في ارض مملوكة وهو نبت بنفسه فهو كالنهر في ارضه لا يمنع منه احدا وله المنع من الدخول في ملكه وان لم يجد غيره فعلى ما مر من التفصيل في الماء وان حصده او انبته فهو مملوك له واما النار فاذا اوقدها كان الجمر ملكه والناس مشتركون في الاستضاءة والاصطلاء واشعال السرج وانما كان الجمر ملكه لانه من الحطب الذي هو ملكه ولان نحوها الجمر ولانا لو اطلقنا الناس فيه لم يبق للموقد ما يصطلي به ولا ما يخبز ويطبخ به وان كان لا يقاد في ملكه فله منع غيره من الدخول في ملكه لا من الانتفاع بالنار كما مر في الماء والكلاء قال ويكرى الانهار العظام من بيت المال والمشترك من الشركاء دون اهل الشفة ويجبر من يمتنع منهم ومؤونة الكرى اذا جاوز ارض رجل يرفع عنه وقالا الكرى كله على كلهم اما الانهار العظام فكريها على بيت المال لان منفعتها للعامة فيكون في مالهم وان لم يكن في بيت المال شيء اجبر الناس عليه عند دعاء الحاجة الى الكرى احياء لحقهم ودفعا للضرر عنهم فيخرج الامام من يطيق العمل ويجعل مؤونتهم على اهل اليسار الذين لا يطيقون العمل واما المملوك للعامة فمؤونة الكرى على العامة في ذلك النهر لان منفعته راجعة اليهم فيكون الحرج عليهم ومن ابى منهم وامتنع اجبر على ذلك دفعا للضرر العام عن شركائه بالضرر الخاص كيف وفيه منفعته ايضا واما المملوك لجماعة مخصوصين فكريه عليهم لعود نفعه اليهم ومن ابى منهم اجبر على ما ذكرنا وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص فيمكن دفعه بالكرى بامر القاضي ثم يرجع على الممتنع منهم

ومعنى قوله دون اهل الشفة ان شركتهم في ذلك عامة فلم يكن عليهم شيء من الكري
واما اذا جاوز ارض رجل من الشركا قال ابو حنيفة رحمه الله مؤونة الكري ساقط
عنه وقالا الكري كل النهر من اوله الى اخره على كل الشركا لانهم مشتركون في النهر
الا ترى انه لو بيعت ارض في اسفل النهر كانت الشفعة لهم جميعا ولان اهل الاسفل يشاركون
اهل الاعلى في كري الاعلى لانه مفتح مائهم فيشاركهم اهل الاعلى في كري الاسفل لانه مصب
مائهم وله انه لا حاجة لاهل الاعلى في سقي اراضيهم الى كري الاسفل فلا يشاركهم في كري
الاسفل بخلاف اهل الاسفل لانهم يحتاجون الى كري الاعلى في سقي مائهم واما قولهم
الاسفل مصب مائهم فلا اثر له في ذلك لانه اذا استغنى عن الما امكن سد فوهة النهر
المنتهية الى ارضه واما الشفعة فلاشتراكهم جميعا في الفتح شركة خاصة الا ترى انه لو اشتركوا
النهر وكانوا مائة فصاعدا لا شفعة لاحد بسبب الشركة في النهر لانها شركة عامة والضرر
الواقع بالدخيل لا يبلغ مبلغا يستوجب الدفع قال واذا كان النهر يجري في ارض غيره فليس
لرب الارض منعه لانه مستعمل باجراء مائه عملا بالبينة وعلى هذا المصب في نهر او على سطح
والميزاب والطريق في دار غيره الا انه لا بد من تعيين جهة المصب لتفاوته قال واذا
اختصموا في شرب كان بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود من الشرب انما هو سقي الارض
فيتقدر بقدر الارض قال وليس للاعلى ان يسكر ليستوفي الا برضاهم لان الحق لهم جميعا
ففي اسكاره لاختصاصه منع الماء من حقوقهم وهو حبس الماء عنهم في بعض المدة فان رضوا
بذلك فقد اسقطوا حقوقهم قال ولا يشق احد منهم منه نهرا ولا ينصب رحا ولا يتخذ
جسرا ولا يسوق شربه الى ارض اخرى ليس لها شرب الا برضاهم اما شق النهر ونصب
الرحا فلما فيه من كسر النهر واشغال ملك الغير بشي انه الا ان يكون الارض له خاصة ولا يضر
ذلك بالماء ولا بالنهر فيجوز لكونه متصرفا في ملك نفسه من غير اضرار بالغير واما اتخاذ الجسر
فهو كاتخاذ طريق خاص بين قوم واما سوق شربه الى ارض اخرى فلان ذلك يؤول الى
تقادم العهد فيدعي به من ليس له استند لا لا يسوقه الى تلك الارض واذا رضوا بذلك فقد اسقطوا

كتاب المزارعة

المزارعة مفاعلة من الزرع وهي الحراثة والفلاحة وتسمى مخابرة مشتقة من خيبر فانه صلى الله
عليه وسلم دفع خيبر مزارعة فسميت مخابرة وتسمى محاقلة من الحقل وهو الزرع اذا تشعب قبل
ان تغلظ سوقه او الارض الطيبة الصالحة للزرع وهي في الشرع عقد على الزرع ببعض الخارج

والمعاملة هي المساقاة ببعض من الثمر قال وهي باطلة وقالا جائزة ويختار للفتوى انما صرح
قولهما وان كان يفهم من اطلاق الجملة الاسمية لانه لما اعقبه باختيار الفتوى تذكره صريحا
اوضح بما دل على الاهتمام به من ان يدل على الاختيار بالالتزام والمفهوم لهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولان المزارعة عقد شركة
بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي
الى العمل والقادر على العمل قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما اصله
عقد القراض على ان الغرور والخطر في المزارعة اقل منهما في القراض فكانت اولى بالجواز
وله ما روى رافع بن خديج قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان
لاحدنا ارض ان يعطيها ببعض الخارج ثلث او نصف وقوله عليه السلام من كانت له
ارض فليزرعها او ليمنحها اخاه وهذا متاخر فيكون ناسخا وعن ابن عمر رضي الله عنهما
كنا نخابر ولا نرى بذلك باسا حتى ذكر رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة
فتركناها ولانه استيجار باجر مجهول او معدوم وكل ذلك موجب للفساد ومعاملة
النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراجا مقاسمة بطريق الصلح وانه جائز واذا فسد
عنده فان سقى الارض وكراها ولم يخرج شي فله اجر مثله اذا كان البذر من قبل صاحب الارض
وان كان من قبل العامل فعليه مثل اجر الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نما
على ملكه وللاخر الاجر والفتوى على قول ابي يوسف ومحمد فيها وفي المساقاة لحاجة
الناس اليها ولظهور التعامل بها من الامة والقياس يترك للتعامل كما في الاستصناع
قال الحصيري وابو حنيفة رحمه الله هو الذي فرع هذه المسائل على اصوله لعلمه ان
الناس لا ياخذون بقوله في ذلك قال ويجوزها من غير تبعية المساقاة واتحاد العامل
والعقد وعسر الافراد بالعمل وتخلل البياض من ما يسقى عليه افراد المزارعة عندنا
جائز على المفتى عليه ومذهب الشافعي رحمه الله يجوز المزارعة على الاراضي المتخللة بين النخل والكرم
تبعا للمساقاة بشرط اتحاد العامل وعسر افراد الاراضي بالعمل فلو وقعت مغايرة بتعدد
الصفقة او تفاوت الجزء المشروط من الزرع والثمر او كثرة الاراضي وعسر افرادها
بالعمل ويكون البذر من العامل ففي بقاء حكم التبعية في الصحة خلاف ذكره الغزالي في الوجيز
ووجه اشتراط التبعية ان الاصل في هذا الباب هو المضاربة والمعاملة اعني المساقاة
اشبه بالمضاربة لاشتراكهما في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة
في الزيادة دون البذر بان شرطا دفعه من راس الخارج فانها تفسد فجعلنا المعاملة اصلا

والمزارعة تبعا لها كالشرب في الارض ولنا ما تقدم في تعليل قولهما وشرط
لكان العامل الى الحرث من الزوائد قال ــــ ويشترط صلاحية الارض واهلية العاقدين
والتخلية بينها وبين العامل والشركة في الخارج على الشيوع حتى تفسد باشتراط قفزان
معلومة لاحدهما وبرفع البذر واقتسام الباقي وباشتراط ما على الماذيانات والسواقي ويشترط
بيان المدة وجنس البذر ومن هو عليه ونصيب من لا بذر له لصحة المزارعة على المفتى عليه شروط
ثمانية احدها كون الارض صالحة للزراعة لان ما هو المقصود من الزرع لا يحصل الا بذلك والثاني
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد ولا اختصاص لهذا الشرط بالمزارعة فان العقود لا تصح
الا من الاهل والثالث التخلية بين الارض وبين العامل والفائدة انه لو شرط فيها ان يعمل رب الارض
تفسد العقد لفوات التخلية وهذه الثلثة من الزوائد الرابع الشركة في ما يخرج بعد حصوله
على الشيوع لان هذا العقد ينعقد على الشركة في الخارج ابتداء والقاطع للشركة يفسد العقد
فعلى هذا اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانقطاع الشركة لان الارض
عساها لا تخرج الا ذلك القدر وصار كاشتراط دراهم مسماة لاحدهما في المضاربة وكذا
وكذا لو شرط ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما لانقطاع الشركة في بعض
معين او في جميعه بان لم تخرج الارض الا مقدار البذر المرفوع وصار كما لو شرطا رفع الخراج
في الارض الخراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما لو شرط صاحب البذر عشر الخارج
لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين شايع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما لو شرطا رفع
العشر وقسمة الباقي في الارض العشرية وكذلك اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي
تعيين لاحدهما لانه يفضي الى قطع الشركة لانه قد لا تخرج الارض الا من ذلك الموضع المشروط
والخامس بيان المدة لان المزارعة عقد على منافع الارض او على منافع العامل فلا بد من ذكر
المدة لتصير المنافع معلومة بها لانها معيارها والسادس بيان جنس البذر لتصير الاجرة
معلوما والسابع بيان من عليه البذر ليعلم المزارعة ويعلم المعقود عليه وهو منافع
الارض او منافع العامل والثامن بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحق نصيبه
عوضا بالشرط فلا بد من ان يكون معلوما فان ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد وهذه
الثلثة الاخيرة من الزوائد قال ــــ فان كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر
للآخر او الارض وحدها او العمل وحده من احدهما والباقي من الآخر جازت او البقر
والارض لاحدهما لم يجز ويجوز في رواية هذه اربعة اوجه اولها اذا كانت
الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر جازت المزارعة لان البقر آلة في العمل كما

اذا استأجر خياطا ليخيط له بابرة من الخياط الثاني ان تكون الارض وحدها لواحد والعمل
والبقر والبذر من الآخر جازت لان ذلك استئجار للارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما لو
استأجرها بدراهم معلومة الثالث ان يكون العمل وحده لواحد والبقر والبذر والارض
للارض للآخر جازت لان ذلك استئجار العامل بآلة المستأجر فصار كما لو استأجر خياطا ليخيط
ثوبه بابرته الرابع ان تكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل للآخر فهي باطلة
في ظاهر الرواية عنهما وروي عن ابي يوسف جوازها لانه يكون العامل مستأجرا للارض
ببعض الخارج ويكون البقر المشروطة على صاحب الارض تبعا للارض فيجوز كما يجعل البقر
تبعا للعامل وجه الظاهر وهو قول محمد ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فلم يمكن
جعل البقر تبعا لها لانها مقصودة بنفسها فيصير العقد مشتملا على استئجار البقر ببعض الخارج
مقصودا وهذا باطل لان الشرع ورد باستئجار الارض ببعض الخارج وباستئجار العامل ببعض
الخارج لا غير واشتراط البقر على العامل الموضع المجانسة بين منفعتي العمل والبقر لكونه آلة
بخلاف اشتراط البقر على صاحب الارض لعدم التجانس قال ــــ فاذا صحت كان
الخارج على الشرط وان لم يخرج شيء للعامل اما الاول فلصحة الالتزام واما الثاني
فلان العامل يستحق من الخارج نصيبا بسبب الشركة ولا شركة في غير الخارج وان كان
مستأجرا فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف المزارعة الفاسدة لان اجر المثل في
الذمة ولا يفوت الذمة بفوات الخارج قال ــــ واذا فسدت كان لصاحب البذر
واجر المثل للآخر عن عمله او ارضه لا يزاد على المسمى واجازها اما الاول فلان
الخارج نماء ملكه والآخر انما يستحق بالتسمية وقد فسدت التسمية فبقي النماء كله لصاحب
البذر واما الثاني فان كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثل عمله ولا يزاد على
ما شرط له لانه قد رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمة
تلك المنافع لانه لا مثل لها وقد مر في الاجارة وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب
الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر
ولا مثل لها فيجب قيمتها والزيادة على المشروط على الخلاف المذكور قال ــــ
ولو شرطا التبن لرب البذر بعد شرط الحب نصفين لا للآخر او سكتا عنه كان لرب
البذر وقيل بينهما اذا شرطا ان يكون الحب بينهما نصفين فان شرطا كون التبن لصاحب
البذر فهذا صحيح لان هذا الشرط حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه

شرط يؤدي الى قطع الشركة لان الارض قد لا تخرج الا البذر واستحقاق غير صاحب البذر
بالشرط وان سكتا عن اشتراطه لاحدهما فهو لصاحب البذر لانهما اشتركا فيما هو المقصود وهو
الحب والتبن نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وانه مسكوت عنه وقال
مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تابع للحب يقوم
بشرط الاصل بهذه الجملة زوائد قال ___ واذا امتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه
او الاخر اجبر لان الذي من قبله البذر لا يمكنه الوفا بالعقد الا باتلاف بذره فلا
يجبر عليه كمن استاجر اجيرا ليهدم داره وكمن باع جذعا في سقف او ذراعا من
ثوب انه فاسد لانه لا يقدر على الوفا الا بضرر يلزمه وليس كذلك الاخر الذي ليس من
قبله البذر لانه لا يتلف ماله بايفا العقد والعقد لازم فالتحق بالاجارة الا ان يكون هناك
عذر يفسخ به الاجارة فانه يفسخ به المزارعة قال ___ واذا مات احدهما بطلت اعتبارا
بالاجارة ولو كان دفع الارض ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات
رب الارض ترك الزرع في الارض في يد المزارع الى ان يستحصد الزرع ويقسم على الشرط
ثم ينتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في الابقا في السنة الاولى رعاية للحقين فخولف القياس
لذلك بخلاف ما بقي من السنين لان في الابقاء في السنة الاولى رعاية للحقين فخولف القياس
لذلك بخلاف ما بقي من السنين لانه لا يلحق العامل ضرر فيحافظ فيه على القياس قال ___
واذا انقضت المدة قبل الادراك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الزرع وعليهما النفقة
على مقدار حقوقهما الى ان يستحصد اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بعد كان
على المزارع اجر مثل نصيبه من الزرع الى ان يستحصد وكان عليهما ان ينفقا على الزرع على
مقدار حقوقهما الى ان يستحصد لان في تبقية الارض باجر المثل رعاية النظر من الجانبين وانما
كان الانفاق عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة المضروبة فيكون هذا عملا في المال المشترك
فيكون عليهما بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل على العامل
لانا ابقينا العقد في مدته فانه يستدعي العمل على العامل قال ___ واجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية بالحصص فان شرطاه على العامل فسدت ويجوز اشتراط
الحصاد عليه ومنعه هذا الحكم وهو ان اجرة الحصاد والدياس والرفاع والتذرية
عليهما بالحصص انما اذا انقضت مدة المزارعة قبل ادراك الزرع بل هو عام في جميع المزارعات
لان العقد ينتهي بانتهاء الزرع لحصول المقصود وهو بعد ذلك مال مشترك والعقد مرتفع يجب
المؤونة عليهما واذا شرطا في العقد ذلك والعقد لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد

العقد كما لو شرط الحمل والطحن على العامل وابو يوسف رحمه الله اجاز اشتراط الحصاد
على العامل لان الناس تعاملوا ذلك وتعاملوا عليه فترك القياس له كالاستصناع وهو اختيار
بعض المشايخ واختاره بعضهم للفتوى وقال بعض المشايخ ان قول محمد هو ظاهر الرواية
والحاصل ان ما كان من العمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان بعد
الادراك قبل القسمة كالحصاد والرفاع ونحوه فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو عليهما
ولو شرط الحصاد في الزرع على العامل لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه فصل
قال ___ ولو شرطا النصف بالعمل في شهر كذا والثلث في كذا فالاول صحيح
وقالا هما اذا قال ان زرعت هذه الارض في شهر رجب فلك نصف الخارج وان
زرعتها بعد رجب فلك ثلث الخارج فالشرط الاول هو الصحيح دون الثاني تفريعا على
قول من يجيز المزارعة وقالا الشرطان صحيحان وهذه المسألة قد مر نظيرها في الاجارة
قال ___ ولو اختلفا فقال العامل شرطت لي زيادة عشرة اقفزة على نصف الخارج
وانكرها رب الارض وذلك قبل العمل فالقول له وقالا للعامل اذا اختلف رب الارض
والمزارع فقال رب الارض شرطت لك نصف الخارج وقال المزارع شرطت لي نصف
الخارج وزيادة عشرة اقفزة منه وكان ذلك الاختلاف واقعا قبل العمل فالقول
قول رب الارض عند ابي حنيفة تفريعا على قول من يجيز المزارعة وقالا القول قول
المزارع لانه منكر لزوم العمل والقول للمنكر وله ان الظاهر شاهد لرب
الارض فانه يدعي صحة العقد فكان القول قوله لما عرف من اصله انهما اذا اختلفا كان القول
قول مدعي الصحة ولو اقاما البينة فالبينة بينة المزارع اجماعا لانها تثبت الزيادة ولو
كان الاختلاف بعد العمل فالقول قول رب الارض بالاجماع لان المزارع يدعي النصف وزيادة
ورب الارض منكر ولا انكار من المزارع لانه بعد الفراغ من العمل لا يمكن ان يقال هو
منكر لزوم العمل عليه وهذه المسألة قد مر مثلها في السلم اذا اختلفا في الاصل فعندهما
القول قول المنكر وان كان يتضمن فساد العقد وعنده القول قول مدعي الصحة قال ___
ولو شرط رب الارض والبذر منه الثلث للعامل والثلث لعبد العامل المأذون المديون بغير
عمل فثلثه لرب الارض وكذا للعامل اذا كان البذر من قبل رب الارض فشرط لنفسه
ثلث الخارج وللعامل الثلث ولعبد العامل وهو مأذون له مديون الثلث من غير اشتراط
عمل عليه فالثلث الذي شرط للعبد عند ابي حنيفة لرب الارض تفريعا على قول من يجيز
المزارعة وعندهما هو للعامل وهذا الاختلاف بناء على الاصل الذي مهدناه في

المأذون له ان المولى لا يملك اكساب عبده المأذون له المستغرق بالدين عنده وعندهما
يملكها المولى فاشتراطها للثلث للعبد اشتراط لمولاه عندهما وعنده اشتراطه له كاشتراطه
للاجنبي بغير عمل فلم يصح فبقي لرب الارض لانه نماء البذر وهو ههنا لرب الارض قال
ولو دفع اليهما ارضا يبذرها وسمى لاحدهما ثلث الخارج وللآخر خمسين درهما فالفساد شايع
وضرره على الثاني رجل دفع ارضه مزارعة الى رجلين والبذر منهما على ان يكون لاحدهما
ثلث الخارج وللآخر خمسين قفيزا من الخارج او خمسون درهما قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى
على القول بجواز المزارعة ان الفساد شايع في حق الكل وقالا لا يتصل الفساد على من سمى
له خمسين قفيزا او درهما ويجوز في حق من سمى له ثلث الخارج لان المزارعة على ان يكون لاحدهما
دراهم مسماه او قفزان مسماه فاسدة بالاجماع والصفقة متحدة عنده فيفسد الكل بفساد
البعض وعندهما الصفقة متعددة فلا يلزم من فساد احدى الصفقتين فساد الاخرى ونظير
من مثل هذا في البيوع قال ولو غصبها فزرعها فالخارج له والعشر والخراج عليه وان
نقصت ضمن والخراج والعشر على المالك مطلقا وقالا العشر على الغاصب بكل حال واما الخراج
فعلى المالك ان كان الضمان اكثر وعلى الغاصب من دون ضمان ان كان اقل رجل غصب
ارضا فزرعها لا يخلو اما ان كانت عشرية او كانت خراجية وعلى التقديرين فاما ان
نقصها الزراعة او لم ينقصها فقال ابو حنيفة رحمه الله ان لم ينقصها الزراعة فالخارج
للغاصب والعشر والخراج عليه وان نقصها الزراعة وضمن الغاصب النقصان فالخراج
والعشر على رب الارض مطلقا قل ضمانه او كثر بمنزلة الاجرة القائمة مقام نماء الارض
وقالا العشر على الغاصب بكل حال لان العشر في الخارج والخارج له فعلى رب الارض
ان كان الضمان مثل الخارج او اكثر وان كان الضمان اقل فالخراج على الغاصب وليس عليه ضمان
النقصان بخلاف ما لو اجرها باجرة اقل من الخراج حيث يجب الخراج على رب الارض اجماعا
لانه متمكن من الانتفاع والاستنماء اما ههنا فهو غير متمكن لمكان الغصب فانتفى
سبب وجوب الخراج على رب الارض وهو ملك الارض النامية في حقه اما اذا
كان الضمان اكثر من الخراج فقد وجد سبب وجوب الخراج وهو ملك الارض النامية
اما رقبة الارض فظاهر واما وصف النماء فلان ما تفاضل به الضمان الخراج بمنزلة نماء الارض
واما اذا كان الضمان مثل الخراج فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما قال ولو
تزوج على ان يزرع هي ارضه بالنصف ببذرها وفسدت فجعل مهرها نصف اجر
مثل الارض وربعه ان طلقها قبل الدخول واوجب مهر المثل لا يزاد على اجر مثل الارض

والمتعة في الطلاق قبله رجل تزوج امرأة على ان تزرع ارضه ببذرها ونصف الخارج
سنة فسدت المزارعة وصح النكاح لانها مزارعة شرط فيها نكاح او نكاح شرط فيه
مزارعة والمزارعة تبطل بالشروط الفاسدة دون النكاح واذا صح النكاح فالواجب
عند ابي يوسف رحمه الله لها مهرا نصف اجر مثل الارض ان دخل بها او مات عنها
وربع اجر مثل الارض ان طلقها قبل الدخول ولم ينبه في الكتاب بقيد الطلاق
قبل الدخول في ايجاب الربع على الدخول في ايجاب النصف اختصارا ووجه ذلك
ان الخارج كله لها لكونه نماء بذرها وعليها له اجر مثل ارضه بالاجماع ثم لها عليه
نصف اجر مثل الارض مهرا فيتقاصان به ويدفع اليه نصف الاجر الآخر وهذا لانه جعل
منافع ارضه مقابلا بمنافع بضعها وهو معلوم وبنصف الخارج وهو مجهول [illegible]
فيقسم على المعلوم والمجهول نصفين كما لو قال وقفت هذه الدار على فلان وعلى
من يولد لزيد من الاولاد وبعدهم على الفقراء يكون لفلان المعلوم نصفها فاذا صار نصف
منافع الارض مقابلا بالبضع كان هو المهر لا غيره هذا ان دخل بها او مات عنها فان
طلقها قبل الدخول كان لها ربع اجر المثل للارض للتنصيف بالطلاق قبل الدخول وقد
صار الربع مسلما اليها بالمقاصة كما قلنا وله عليها ثلثة ارباع الاجرة وقال محمد لها
عليه مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول ووجهه
انه قابل بمنافع ارضه منافع بضعها ونصف الخارج ونصف الخارج مجهول فصار المسمى
مجهولا فلم يصح التسمية فصار الى مهر المثل لكن لا يزاد على اجر مثل الارض لانها
رضيت بان يكون بعض منافع الارض مهرا لها فاولى ان ترضى بالكل فان كان مهر المثل
مساويا للاجرة او اكثر وقعت المقاصة وان كان مهر مثلها اقل فعليها ان تدفع
اليه مقدار النقصان ويسلم لها الخارج كله قال ولو كان هو العامل في ارضها
ببذرها فجعل مهرها نصف اجر مثل عمله لا مهر المثل او على ان تزرع هو ببذره وجب
مهر المثل اذا تزوجها على ان يكون هو العامل في زرعها وحلها او في زرع ارضها
ببذرها فعند ابي يوسف الحاصل كله لها لانه نماء ملكها وقد استحق هو عليها اجر
مثل عمله وهي تستحق عليه نصف اجر مثله مهرا ان دخل بها وربعه ان طلقها قبل
الدخول لانه جعل منافع بدنه مقابلا بمنافع بضعها ونصف الخارج الى آخر ما مر وقال
محمد لها مهر مثلها لما مر من تقرير بطلان التسمية بالجهالة لكن لا يزاد على مثل اجر
الزوج وللزوج عليها اجر مثله فيتقاصان ان تساويا والا يرد الفضل على ما مر

ولو تزوجها على أن يزرع هي في أرضه ببذره أو يزرع هو في أرضها ببذر نفسه فلها مهر
المثل هو الواجب بالإجماع والفرق لأبي يوسف أن المزارعة إذا فسدت كان الخارج كله
لصاحب البذر وهو في هاتين الصورتين الزوج لأنه نماء ملكه فكان بعض الحاصل مقابلاً بمنافع
بضعها وهو مجهول جهالة فاحشة فبطلت التسمية فوجب مهر المثل وفي الأول فالمقابل
بمنافع بضعها نصف منافع أرضه أو بدنه وإنه معلوم فافترقا

كتاب المساقاة

قال وهي بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة إذا ذكر مدة معلومة وجزءاً من الثمرة
مشاعاً المساقاة هي المعاملة من السقي والعمل وهي أن يقوم بما يحتاج إليه الشجر من تلقيح وتصفيف
السواقي وسقي وحراسة وغير ذلك والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقولهما في
المدة قياس لأنه إجارة معنى فيشترط المدة كما في المزارعة وفي الاستحسان تجوز المساقاة
وإن لم يذكرا المدة وتقع على أول ثمر يخرج وهذا لأن العقد يقع على العمل في الثمر ولكل
ثمرة وقت معلوم يبتدئ فيه وينتهي والثمر الأول متيقن دخولها في العقد فجاز وما
بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه بخلاف الزرع فإنه يختلف ابتداء وانتهاء ربيعاً وخريفاً
وغير ذلك فيدخله الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة
حيث لا يجوز إلا بيان المدة لظهور التفاوت في ذلك بضعف الأرض وقوتها وبخلاف ما
لو دفع نخلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة حيث تفسد المعاملة
لعدم العلم بوقت انتهائها ولو سميا مدة قد تبلغ الثمرة فيها وقد لا تبلغ جازت المعاملة
لأنا لا نتيقن بفوات المقصود فإن خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة وصح العقد
وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد حيث تبين الخطأ في تسمية المدة فصار كما لو
علم ذلك ابتداء وأما شيوع الجزء المسمى من الثمر فهو على ما بيناه في المزارعة قال
ويجوز في الشجر والرطاب وأصول الباذنجان ولا تقتصر على النخل والكرم والشجر
والرطاب وأصول الباذنجان وعنده في القول الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل
لأن جواز المساقاة بالأثر وهو حديث خيبر وهو مخصوص فلا يتعدى ولنا ما روي
أنه صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر على ما بها من زرع وشجر ولأن الجواز معلل بالحاجة
وهي عامة ولأنه أصل له فتجوز المساقاة عليه أصله النخل والكرم على أن الأصل
في النصوص أن تكون معلولة خصوصاً على مذهبه وذكر صاحب المنظومة ههنا مسئلتين

في باب مالك لم أرهما فيما في المختصر أحدهما أن جميع المؤن على العامل عند مالك شرط
صحة المساقاة وعندنا عليه العمل وما هو من ضرورات العمل وأما مؤنة الملك فعلى مالك
الأرض ومذهبه أن المؤنة التابعة للعمل مما لا تبقى بعد انقضائه عليه كالسقي والجداد وعلوفة
الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر مما لا يبقى بعد انقضاء العامل وأما ما
عدا ذلك مما يبقى بعد انقضائه فلا يلزمه ولا يجوز اشتراطه عليه كحفر بيارة أو إنشاء
غرس أو بناء بيت لخزانة الثمر وما أشبه ذلك ذكره صاحب المعونة وهو معنى قول أصحابنا
إن مؤنة الملك لا تلزمه ويلزمه ما هو من ضرورات العمل فلم يكن في المسئلة خلاف
لأن مالكاً لا يقول بأن مؤنة الملك على العامل وقد علل لذلك في المعونة فقال في الأول
لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذي يصلح به الثمر فلا يجوز أن يكون بعضه على رب الحائط
لأن ذلك زيادة يزدادها العامل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حين ساقى أهل خيبر أنفقوا
من أموالهم وأما الثاني وهو مؤنة سقي في الملك فقال لا يجوز لأنها زيادة مشترطة على
العامل ينفرد بها رب المال وذلك غير جائز لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة
المجهولة والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلا قدر ما أجازه الشرع وأما
المسئلة الثانية أنه لا يجوز دفع الأرض مزارعة إلا تبعاً للنخل والكرم وهذا
مذهب الشافعي رحمه الله وقد أسلفته في المزارعة فتركت الخلاف فيه ههنا قال
وإذا دفع إليه نخلاً مثمراً يزيد بالعمل جاز ولو دفع إلى آخر نخلاً فيه ثمر مساقاة فالثمر
يكون الثمر يزيد بالعمل أو قد تناهت فإن كانت مما يزيد بالعمل جاز دفعها مساقاة وإلا فلا
والعلة فيه أن العامل إنما يستحق بالعمل فإذا زادت بعمله فقد ظهر أثر العمل وإن تناهت
لم يبق لعمله أثر فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع وعلى هذا إذا دفع
الزرع وهو بقل جاز وإن كان قد استحصد لم يجز قال وإذا فسدت كان للعامل
أجر مثله لأنها في معنى الإجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة قال وتبطل بالموت
لكونها في معنى الإجارة وقد تقدم ذكر ذلك في المزارعة والإجارة فإن مات رب الأرض
والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان إلى أن يبلغ وإن كره الورثة ذلك لأنه لا ضرر عليهم
في إبقائه وضرره في تركه ذلك بعد الشروع فيه وإن مات العامل فلورثته القيام عليه حتى يدرك
وإن كره رب الأرض لأن في ذلك نظراً من الجانبين قال وتفسخ بالأعذار وهذا كما في الإجارة
ومن جملة الأعذار ههنا أن يكون العامل غير مأمون يسرق الثمرة قبل إدراكها ويسرق السعف
وغير ذلك فيتعدى ضرر ذلك إلى رب الأرض وهو لم يلتزمه فيدفع عنه بأن يعد عذراً ولذلك

لوكان العامل مريضا يضعفه عن العمل بنفسه لانه يحتاج الى استئجار الاجراء وفي ذلك زيادة
ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل عذرا والله اعلم

كتاب النكاح

قال —— يستحب الاعتدال ويجب في التوقان ويكره لخوف الجور النكاح الوطء
وقد يكون العقد يقول نكحتها ونكحت هي اذا تزوجت وهي ناكح في بني فلان اي هي ذات زوج منهم
هكذا ذكره صاحب الصحاح وهكذا هو في الشرع فانه يطلق ويراد به الوطء وهو حقيقة ويطلق
ويراد به العقد وهو مجاز من باب اطلاق اسم المسبب على السبب لان العقد يفضي الى الوطء وشرع
لاجله قال الله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن فالمراد العقد بقرينة الاذن فان الوطء لا يتوقف عليه وقال
فانكحوا ما طاب لكم من النساء اي اعقدوا عليهن لان العدد يختص بالعقد دون الوطء وقال
عليه السلم لا نكاح الا بشهود فالمراد العقد لاختصاص الشهود بالعقود والنكاح عقد مندوب
اليه قال تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقال عليه السلم النكاح
سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني وهذا اذا كانت الحال معتدلة فان كان تائقا فهو واجب
لانه يغلب على الظن او يخاف الوقوع في الحرام والنكاح مانع من ذلك فكان واجبا لان الامتناع
عن الحرام واجب واما اذا خاف الجور والحيف فالنكاح مكروه لان استحباب النكاح لما اشتمل
عليه من مصالح دار الدنيا بحسن العشرة والصحبة بالمعروف ودار الاخرة بثواب طلب الولد لعبادة
الله وتوحيده فاذا اشتمل على الجور والظلم فقد سقطت المفسدة المصلحة وارتكاب المنهي فيه الجور
فاقتضى ذلك ان يكون حراما في حقه الا ان النصوص تعارضت فقلنا بالكراهة عملا بالشبهين وهذا
من الزوائد قال —— ويفضله على التخلي للنوافل وقال الشافعي رحمه الله التخلي لنوافل العبادات
افضل من الاشتغال بالنكاح لان النكاح من المعاملات لخفته من الكافر وعدم تحقق العبادة منه والمعاملات
لا تساوي العبادات لان العبادات هي المقصودة من الخلق والمعاملات مطلوبة لقطع الفتن والتنازع
بين الخلق فيتفرغوا للعبادة وما هو مقصود لذاته افضل مما هو مقصود لغيره ولنا ان النكاح اما ان
يكون واجبا او سنة وعلى كل حال فالاشتغال به افضل من التنفل ضرورة رجحان الواجب
والسنة على النفل بالاجماع وبعض ما تضمنه النكاح من الواجب فرضية كالنفقة على الاهل والعيال
والقرابة المستضعفين من البالغين والاطفال والعدل في القسم وغيره فلم يتمحض من المعاملات
من كل وجه قال —— وينعقد بالايجاب والقبول وهما بلفظ الماضي او احدهما الانعقاد
الحقيقي لا يكون لانه بين موجود ومعدوم والانعقاد المحكوم به بين الايجاب والقبول
انما هو حكم شرعي لا انعقاد حقيقي لان زمان وجود كل واحد من الايجاب والقبول يصادف زمان عدم

الاخر اذ وردا على التعاقب فلو حكمنا بانه لا ينعقد عقد لما امكن صدورهما معا استلزم ذلك
معنى الحرج المنفي في الشرع الا ان الشرع جعل المجلس الواحد حكم الزمان الواحد تحقيقا لليسر
كما في عرف في سجدة التلاوة فلما كان المجلس جامعا للمتفرقات شرعا جعل الايجاب والقبول كانهما
صدرا في زمان واحد تيسيرا وصيغة الماضي في الايجاب والقبول زوجتك وقبلت لما قلنا
في البيوع واذا كان احدهما مستقبلا والاخر ماضيا كقوله زوجني فيقول زوجتك جاز في
النكاح دون البيع والفرق ان قوله زوجني توكيل بالنكاح والوكيل في النكاح يتولى طرفي
العقد لكونه سفيرا ومعبرا ولا ترجع حقوق النكاح اليه بخلاف البيع لان الحقوق في البيع راجعة
الى الوكيل والمانع واقع في الحقوق لا في نفس التعبير وهذه الجملة وهي قوله وهما بلفظ الماضي
او احدهما مضمونة الحمل على الحال ولا دلالة منها على خلاف قال —— ولا نقتصر على لفظي النكاح
والتزويج فينعقد بالتمليك والصدقة والهبة والبيع والشراء اما الانعقاد بلفظي النكاح
والتزويج فبالاجماع لانهما حقيقتان في الباب واما الخلاف ففيما عدا ذلك من الالفاظ فقال
اصحابنا ينعقد بلفظ التمليك والهبة والصدقة والبيع والشراء لافادتها الملك وقال
الشافعي لا ينعقد الا باللفظين الاولين لان لفظ التمليك ليس حقيقة في النكاح ولا مجازا عنه
فلا يمكن التعبير به عنه واما الهبة فان الله تعالى جعل انعقاد النكاح بها من خواص رسول الله
صلى الله عليه وسلم بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها
خالصة لك من دون المؤمنين فلا ينعقد بها نكاح غيره مع الخلوص له ولانه يستعمل كناية
في الطلاق ولا يصلح للنكاح فانه لو قال وهبت لك نفسك ناويا للطلاق وقع ولنا ان هذه
الالفاظ تفيد الملك وهو مجاز عن النكاح فينعقد بها وبيانه ان التمليك سبب لملك الرقبة
وملك الرقبة الصالحة للمتعة سبب للمتعة وملك المتعة هو حكم النكاح وموجبه والسببية
طريق المجاز واما الهبة فنستدل بالاية تعالى جعل الهبة جواب الاستنكاح فان التقدير لانه
ان اراد النبي ان يستنكحها فوهبت له نفسها فوجب الانعقاد واما الخلوص فهو اشارة الى خلوص
الهبة له عليه السلم اي لا يلزمك بهذه الهبة مهر لان الهبة مع لزوم العوض لا يكون
هبة خالصة بل هبة من وجه وقوله لك من دون المؤمنين اي لا يحصل لهم ملك المتعة
بالنكاح الا بلزوم المهر الا ترى الى قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم يعني من
الابتغاء بالمال وكيف قابل تعالى هذه التي وهبت نفسها بالتي اوتيت مهرها في قوله انا
احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وعقب هذه الاية بنفي الحرج فقال لكيلا يكون
عليك حرج اي من لزوم المهر لانه لا تعلق للحرج بلفظ النكاح لعدم الحرج في التلفظ به

فرجح معنى الخلوص في المجموع المركب من انعقاد النكاح بغير لفظ ومن لا في مجرد الانعقاد والمجموع هو المخصوص
به والحاق البيع والشراء من الزوائد قال لا الاجارة والاباحة والاعارة لان
هذه الالفاظ ليست حقائق في الباب ولا مجازات لعدم كونها اسبابا لملك المتعة ولذلك
لا يصح بلفظ الوصية لانها اضافة للملك الى بعد الموت وقد روى ابن رستم عن محمد ان الاجارة
لا ينعقد بها وهو اختيار ابي بكر الرازي لان الاجارة تنبئ عن التأقيت وليس بسبب لملك المتعة
وروى الحسن عن ابي حنيفة جواز النكاح بها وهو اختيار الكرخي لان الله تعالى سمى المهر اجرا
ولان المملوك هو منافع البضع والاجارة تمليك المنفعة وصورة الانعقاد ان يقول آجرت نفسي
منك ونوى النكاح واعلم الشهود بذلك والصحيح عدم الانعقاد لان الاجارة لم توضع لملك منفعة
البضع وانما وضعت لملك المنفعة موقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا والاصل في هذا الباب ما قاله
اصحابنا ان كل لفظ يصلح لتمليك الاعيان مطلقا ينعقد به النكاح وعن محمد في رواية ابن
رستم كل لفظ يكون في الامة تمليكا للرقبة فهو نكاح في الحرة قال واجازوا نكاح
السر وقال مالك رحمه الله اذا تواصوا على كتمان النكاح بطل واما الاعلان والاشهاد فهما تواصوا
مستحبان عنده له قوله عليه السلم اعلنوا النكاح وروي اظهروا النكاح واضربوا عليه بالغربال
والتواصي بالكتمان ضد المامور به وروي انه عليه السلم نهى عن نكاح السر ولان التواصي بالكتمان
من اوصاف الزنا فنفي اباحة النكاح معه دفعا الى اضاعة الانساب ولنا انه عقد استجمع
ركنه وشرطه فصح اما ركنه فصدوره من الايجاب والقبول من الاهل في المحل عن الولاية الشرعية واما
شرطه فحصول الشهادة به على ما نذكر ومع الشهادة ينتفي الكتمان لان فائدة الاعلان الاحتياط
على حفظ الانساب مخافة ان ينكر الزوج النكاح وتكون المرأة حاملا فلا يكون لها سبيل الى اثباته فيؤدي
الى الاضاعة فاذا كان هناك شهادة شاهدين امن من ذلك وحمل النص فيه على الندب قال
وشرطوا الاشهاد وقال مالك هو شرط الكمال دون الانعقاد له انه عقد من العقود فاشبه
سائرها ولان الاشهاد معنى يقصد به التوثق فلم يكن شرطا في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة
والبيع والاجارة ولنا قوله عليه السلم لا نكاح الا بشهود ورواية ابن عباس رضي الله عنهما
عنه عليه السلم انه قال الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة قال ولا ينعقد بين المسلمين
الا بحضور شاهدين مسلمين حرين بالغين عاقلين الاصل في هذا الباب عندنا ان كل من ملك
قبول عقد النكاح بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لم يصح قبوله بنفسه لا ينعقد به لان كلا
من القبول والشهادة لا صحة للعقد بدونه فكان اعتبار احدهما بالاخر اما الاسلام فشرطه
في انكحة المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم واما الحرية والبلوغ والعقل فشرط لان

العبد والصبي والمجنون ليسوا من اهل الشهادة لعدم الولاية قال ويجيزه برجل
وامرأتين يجوز النكاح بشهادة رجل وامرأتين في النكاح خلافا للشافعي فان شهادة النساء
عنده لا تسمع الا في الاموال وتوابعها لان مبنى الشهادة على كمال العقل وصحة الضبط
وكمال الولاية وهي ناقصة في جميع ذلك الا ترى انه لا تسمع شهادتين في الحدود ولا شهادة
الاربع منهن وحدهن وقبول شهادتهن في الاموال على خلاف الاصل بحكم الضرورة والنكاح
اعظم خطرا واقل وجودا فلا يلحق بالمال الذي هو اقل خطرا واكثر وجودا ولنا
ان مبنى الشهادة على المشاهدة والضبط والاداء فبالمشاهدة يحصل العلم للشاهد وبالضبط
يبقى ذلك العلم وبالاداء يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل في الامانة واخبارها وهي كاملة في
ذلك ونقصان الضبط بسبب النسيان ينجبر بضم شهادة الاخرى فلم يبق الا الشبهة واثرها
في ان لا تقبل شهادتهن فيما يندرئ بالشبهة والحقوق التي هي غير مال كالنكاح والطلاق
والعتاق والوكالة والوصية ونحوها تثبت مع الشبهة فتقبل شهادتهن فيها قال
ولو بغير عدول واعمين ومحدودين في قذف شهادة الفاسق في النكاح معتبرة في
الانعقاد وقال الشافعي لا ينعقد بحضور الفساق لان الشهادة من باب الكرامة قال
عليه السلم اكرموا الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم والفاسق ليس
اهل الاهانة فلا تعتبر شهادته ولنا انه من اهل الولاية على نفسه فيكون من اهل
الشهادة لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرمها على غيره لان غيره
من جنسه ولانه يملك القبول بنفسه كالعدل ولانه قد يتحمل الشهادة فيجوز لان الفسق
اثره في الشهادة للتهمة وذلك عند الاداء اما نفس التحمل فامر مشاهد لا تهمة فيه
وانعقاد النكاح لا يتوقف على شهادة من ثبتت شهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم
باطنه وكما ينعقد بشهادة ابني العاقدين وكذلك المحدود في القذف اذا تاب من
اهل الشهادة تحملا حتى لو حكم بها صح الحكم لكان الاختلاف فيه وان لم يكن تائبا
فهو فاسق وقد مر الكلام فيه ورد الشهادة لا يرافقه لجريمة واثرها في الاداء والانعقاد
ليس موقوفا على الاداء بل على الحضور كما في الاعميين وابني العاقدين وعند الشافعي
لا تقبل شهادته لاشتراطه العدالة واما الاعمى فينعقد النكاح بحضوره لانه من اهل
الشهادة حتى يجوز الحكم بها لكونه مختلفا فيه فمذهب مالك جواز شهادته ومذهب
ابي يوسف جوازها اذا تحملها بصيرا ما يحتاج بالبصر لثبوت الاهلية ولانه يملك القبول بنفسه
فيسمع شهادته فيه والاصح من مذهب الشافعي عدم انعقاد النكاح بشهادة الاعميين

لان البصير شرط لاظهار النكاح فيكون شرطاً لانعقاده كالعقل والحرية قال ولو وصلها كتاب مشهود عليه ومضمونه نكاحها ولم يعلموه فقلت بحضرة رجال كتب في كتاباً به اما بعد فاني قد تزوجت فلانة بنت فلان بن فلان بكذا من الصداق وختمه وسلمه الجماعة وقال اشهدوا على ما في هذا الكتاب ولم يعلموا ما فيه فاحضروا الكتاب اليها فقرأته بين ايديهم فلما فرغت قالت اني زوجته نفسي او قالت قبلت ذلك ورضيت به قال ابو حنيفة ومحمد لا ينعقد بذلك النكاح وقال ابو يوسف يجوز وينعقد لان الكتاب كالخطاب فاذا قرأته بحضرة الشهود اي تزوجت فلانه فقد وجد شطر العقد بحضرة من الشهود لما في الكتاب على الاجمال واذا قبلت وجد الشطر الاخر بحضرتهم فينعقد لوجود الايجاب والقبول بحضرة الشهود ولهما انه اشهد على المجهول فلا يجوز كما لا يجوز الشهادة المجهوله والتمكن من تحصيل العلم بالمشهود عليه من بعد ههنا كالمكنة في الشهادة المجهوله ثم ان المكنة لا تقام مقام العلم هناك فكذا ههنا كما اذا اشهد على ما في الصك المشار اليه ولم يعلموا ما فيه ولم يخبرهم هو بما فيه لا يصح بالاجماع كذا هذا قال ولو تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وابطله اذا تزوج مسلم ذمية فشهد على النكاح ذميان جاز النكاح عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه نكاح خال عن الشهود معنى فلم يصح لانه شهادة للكافر على المسلم وسماع كلام الزوج منهما كلا سماع فصار كما لو لم يسمعاه حقيقة ولهما ان اشتراط الشهادة في باب النكاح لاظهار خطر النكاح وشرفه لاشتماله على اثبات الملك على المحل المحترم لا لاثبات الملك لها في المهر لانه مال لا يشترط في لزومه الشهادة والذميان يصلحان شاهدين للمسلم عليها لان ثبوت الملك له في بضعها هو الذي تقام له الشهادة لا لاجل المهر بخلاف ما لو لم يسمعا كلام الزوج لان العقد لا يتم الا بكلاميهما وسماع الشاهدين لهما ٥

فصل في المحرمات

قال ــــــــ يحرم الام والجدة مطلقاً والبنت ومن الزنا وبنت الولد وان سفلت والاخت مطلقاً والخالة والعمة مطلقاً وبنت الاخ والاخت وان سفلت ٥ اعلم ان المحرمات ينقسم الى ما يحرم على التابيد والى ما لا يحرم على التابيد فالاول على نوعين ما يحرم بسبب وما يحرم بسبب وما يحرم بالنسب هم هؤلاء الاصناف المذكوره وما يحرم بالسبب نوعان مصاهرة ورضاع والثاني وهو ما لا يحرم على التابيد قسمان ما يحرم

لمعنى الى صفة في العقد وما يحرم لمعنى راجع الى صفة المراة والاول هو الجمع وهو قسمان جمع يرجع الى الاعيان وجمع يرجع الى العدد والثاني وهو ما يحرم لصفة في المراة كحرمة نكاح المعتدة والكافرة الوثنية وزوجة الغير ونكاح الرجل امه نفسه ونكاح المراة عبدها وسيأتي هذا الفصل مرتبة على هذا التقسيم اما هذه الاصناف السبعة المحرمة بالنص فهو القسم الاول وهو ما يحرم على التابيد للقرابة والنسب لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وهذا التحريم المضاف الى الاعيان مجاز عن الافعال عدل عن الحقيقة طلباً للمبالغة فاقتضى تحريم نكاحهن عقداً او وطئاً مع تحريم الدواعي على وجه التابيد لانه نص على التحريم مطلقاً فيقتضي تحريم جميع الافعال في المحل الذي اضيف اليه التحريم الا افعالا فيه تكريم لانه خارج عن الارادة بالنصوص الموجبة لصلة الرحم والاحسان الى الوالدين او بالاجماع وما عدا هؤلاء من القرابات فحلال لقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله والجدة مطلقاً ليفيد الجدة من قبل الرجال والنساء وحرمة الجدة بالاجماع وانما استدللنا بالاجماع دون النص لان تناول الام الجدة مجاز واللفظ الواحد لا ينتظمهما والبنت حرام لقوله تعالى وبناتكم فيدخل في ذلك ما اذا زنا بكر فامسكها حتى ان ولدت بنتاً فانها حرام عليه عندنا وقال الشافعي له نكاح هذه البنت لوجود المبيح وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وليست هذه داخلة في المحرمات المتقدمة لان المراد بنات الرشدة الا ترى انها لا تضاف اليه نسباً ولهذا لا ترثه بخلاف الام فان بنتها من الزنا تضاف اليها نسباً ترثها بالبنوة وترثه بالامومة فتحرم عليه لثبوت الامومة بيننا ولها النص المحرم للام ولنا انها بعضه حقيقة لكونها مخلوقة من مائه والحرمة الموجودة حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة والولد الحاصل من مائهما يضاف الى كل واحد منهما اضافة كاملة موجبة للاتحاد بينهما اضافة صحيحة فكانت هذه البنت بعضه حقيقة فكانت مضافة الى ابيه حقيقة فكانت بنته فيتناولها النص عملا بحقيقة الاطلاق غاية الامر انها لا ترثه وعدم الارث لا يدل على عدم النسبة الا ترى انها تحرم بالقتل والمدبرة والمكاتبة وامومية الولد مع حرمة النكاح لكونها بنتاً له فيجوز ان يحرم الميراث لكونها بنت الزنية ويحرم نكاحها لكونها بنتاً له واما بنت الولد وان سفلت فحرام بالاجماع لما ذكرنا في الجدة ومعنى قوله والاخت مطلقاً اي من اي جهة كانت فرانسها لاطلاق النص وكذلك يدخل في اطلاق الخالة والعمة

جميع الخالات والعمات المتفرقات وكذلك بنات الاخوة المتفرقين علا بالاطلاق
وهذان القيدان اعني الاطلاق في الموضعين من الزوايد وكذلك قوله وان
سفلت قال وام المراه بالعقد الصحيح وبنت المدخول بها ولا يشترط الحجر
وحليلة ابيه واجداده وبنيه وبني اولاده وبنت المصاهرة بالزنا وبالمس والنظر الى
الفرج بشهوة هذه الجملة هي النوع الثاني من القسم الاول اعني ما يحرم بالسبب وهذا
السبب هو المصاهرة والمحرمات بالمصاهرة اربع ام المراه اذا كان تزوجها بعقد
صحيح وهذا القيد من الزوايد وهذه تحرم بالعقد سوا دخل بها او لم يدخل وبنت
امراته التي دخل بها فان لم يكن دخل بها لم تحرم ولا يشترط كونها في حجره وامراه
ابيه واجداده وامراة ابنه وبني اولاده اما الاولى فلقوله تعالى وامهات نسائكم
من غير قيد بالدخول وانما تقيد العقد بالصحة لان مطلق النكاح والزوجة والحليلة
انما يطلق على الصحيح دون الفاسد وعن بعضهم ان ام المراة لا تحرم الا بالدخول بالبنت
ونقل عن مالك وليس بصحيح ووجهه ان الكلام اذا عطف بعضه على بعض وعقب بشرط
انصرف الى المجموع كقوله زينب طالق وعمرة ان دخلت الدار فان طلاقهما يتعلق بالدخول
وقد ذكر تعالى ام المراة وعطف عليها الربيبة واعقبها بشرط الدخول فينصرف
اليهما ونحن نجيب بان الدخول ليس بشرط بل هو وصف لان التعليق بالشرط لا يصح الا
بمعدوم على خطر الوجود والدخول ههنا موجود لقوله تعالى من نسائكم اللاتي
دخلتم بهن فلم يكن تعليقا بل حرمة امراة موصوفة بصفة فيكون عطف موصوف على
غير موصوف قد جمعا في الحرمة فيقتضي العطف اشتراكهما في الحرمة بدون الوصف
كمن قال زينب طالق وعمرة العالمة تقع الطلاق عليهما اذا كانت عمرة عالمة ولا
يشترط القيام في زينب واما الربيبة فتحرم بالدخول بالام لقوله تعالى وربائبكم اللاتي
في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وكذا بنت المراة وبنات ابنها لدخولهن
تحت اسم الربيبة بالنص اشترط فيه الدخول فلا تحرم بدونه وسوا كانت في حجره
او في حجر غيره خلافا لما يقوله داوود من اشتراط الحجر لانا نقول خرج ذكر الحجر مخرج
العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفي في موضع الاحلال دون نفي الحجر فان قيل
المركب ينتفي بانتفا جزئه فاذا انتفى الدخول في موضع الاحلال فقد انتفى المجموع بنفيه
قلنا ان الحرمة اذا تعلقت بوصفين بعد انتفاء احد الوصفين ينتفي الوصف
الاخر شبيه في ثناء الحرمة ينتفي الحرمة بنا على انتفا شبهة الحلة والشبه كالحقيقة

في موضع الاحتياط لا شبهة العلة كحقيقتها في الحرمة يعضده قوله صلى الله عليه
وسلم من تزوج امراة ودخل بها حرمت عليه بنتها فقد شرط الدخول بالام ولم يشترط
كونها في حجر زوج الام واما ام الاب والاجداد فلقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
من النساء واما امراة الابن وان سفل فلقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من
اصلابكم وسوا دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص ويستوي في ذلك النسب
والرضاع لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة

فروع

تثبت حرمة المصاهرة بالزنا عندنا وقال الشافعي لا تثبت به لان المصاهرة نعمة من الله
بها في قوله فجعله نسبا وصهرا والنعمة لا تناط بالمعاصي كيلا تفضي الى تكثيرها
ولقوله عليه السلام في رواية ابن عباس رضي الله عنهما الحرام لا يحرم الحلال ولنا قوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم والمراد بالنكاح حقيقة في الوطء فمقتضاه تحريم موطوءة الاب
على الابن مطلقا فتقييده بالوطء الحلال زيادة على الكتاب بخبر الواحد وبالقياس
فلا تثبت وقد نقل مذهبنا عن ابن مسعود وابن عباس وابي بن كعب وعمران بن
الحصين رضي الله عنهم ولانه فعله فتثبت به الحرمة كالنكاح وملك اليمين
والشبهة لان حرث الولد في المحل المتسبب لا يختلف بالحل والحرمة والملك وعدمه فاشترك
الحلال والحرام في كونه سببا لحصول الولد المضاف كله الى كل منهما كملا اضافة
حقيقية وهذا علة لثبوت الجزئية بين الواطي والموطوءة والا لاستحالت اضافته كله
الى كل منهما فتثبت الحرمة بالوطء الحرام عملا بالعلة فصارت اصوله وفروعه
كاصولها وفروعها وبالعكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة فعلى
هذا ليست حرمة المصاهرة مضافة الى نفس الزنا بل الى ثبوت الحرمة الناشئة
عن الولد والولد لا معصية فيه فلم يكن في ذلك اناطة النعمة بالمعصية وانما
اسنده بالزنا تعديه له الى السبب من حيث حصول الولد لا من حيث كونه حراما
ومعصية وهذا كالاصطياد بالسهم والقوس المغصوب فانه يحل الصيد بالاجماع
وحل الاكل نعمة تثبت بالرمي من حيث انه طريق الى اكتساب الحلال من المال
لا من حيث انه استعمال ملك الغير واتلاف منافعه بغير رضاه فان ذلك حرام

فرع اخر النظر الى فرج المراة بشهوة يوجب حرمة المصاهرة عندنا
وحده ان ينتشر له الة او تزداد انتشارا هو الصحيح لا مجرد الاشتهاء والمراد بالفرج

هو الداخل دون الظاهر وقال الشافعي لا يثبت به وعلى هذا اذا مسته امراة بشهوة
او نظرت الى ذكره او مسها هو له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول الا ترى
انه لا يتعلق بهما فساد الصوم ولا الاحرام ولا وجوب الغسل فيمتنع الحاقهما به ولنا
حديث ام هانئ عنه صلى الله عليه وسلم من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها
وبنتها ولان كلا منهما سبب داع الى الوطء ويمكن الاحتراز عنه فوجب ان يقام مقام
الوطء في حق الحرمة كالنكاح بخلاف النظر الى غير الفرج لعدم امكان التحرز عنه
فسقط اعتباره ولو مس فانزل قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجب لانه بالانزال تحقق
عدم افضاء ذلك المس الى الوطء فتعذر ان يقام مقامه وكذلك الاتيان في الدبر
والمراد بالمراة المنظور الى فرجها الامة لانه لا يخلو اما ان يراد المنكوحة او الاجنبية او
الامة ولا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر واللمس
لا ان حرمتها جميعا فلا يستقيم في المنكوحة الا بايراده تحريما لبنته دون الام كما
ذكره في الكافي ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بالاجنبية لا يوجب حرمة المصاهرة
عند الشافعي وفي التعليل اشارة الى ان النظر يحرم في موضع يكون الدخول محرما
لقيامه مقامه فتعين ان المراد الامة وبنتها هو المحرم لامها وابنتها قال
وبنتها توطأ صغيرة لا تشتهى قال ابو حنيفة ومحمد اذا وطئ صغيرة لا تشتهى لا يحرم
عليه نكاح امها وابنتها وقال ابو يوسف يحرم لما روينا ولانه وطئ في محل الحرث
فاشبه وطء عجوز لا تشتهى ولهما ان وطيها لا يصلح سببا للولد فاشبه اللواطة
بخلاف وطء الكبيرة لاحتمال العلوق وهذه المسئلة مذكورة في المنظومة في
كتاب الحدود وهي بهذا الموضع اليق قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب الا ام الاخ واخت الابن هذا هو النوع الثاني من نوعي القسم الثاني
وهو المحرم بسبب الرضاع والاصل فيه قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب واما ام الاخ او الاخت فانه يجوز ان يتزوجها من الرضاع ولا يجوز من النسب
لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع واما اخت ابنه من الرضاع فيجوز
تزوجها ولا يجوز من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى
في الرضاع ويجوز ان يتزوج باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه

ان يتزوجها فكل ما لا يحرم من النسب لا يحرم من الرضاع وقد يحرم من النسب
ما لا يحرم من الرضاع كما ذكرنا في الصورتين قال والجمع بين الاختين
نكاحا وملك يمين وطئا هذا هو القسم الاول وهو ما حرم لمعنى راجع الى صفة
العقد وهو الجمع من القسم الثاني وهو ما حرم لا على سبيل التابيد وهذا هو اول
قسمي الجمع اعني الجمع الراجع الى الاعيان فنقول الجمع بين الاختين حرام لقوله تعالى وان
تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه
في رحم اختين ويجوز الجمع بينهما ملكا بدون الوطء لان المراد بالنص حرمة الوطء اجماعا
قال فلو ادعيا نكاحه وبرهنت كل على سبقها وهو ما عطف به فرق بينه
وبينهما وقسم نصف المهر عليهما ولا يوجب شيئا واوجبه كاملا منهما اذا
جمع بين الاختين فلا يخلو اما ان يجمع بينهما في عقد واحد او في عقدين فالاول باطل
بالاجماع واما الثاني فان علم السابق منهما صح وبطل الثاني وان لم يعلم السابق منهما
فرق بينه وبينهما لبطلان نكاح احدهما بيقين ولا وجه الى تعيين احدهما لعدم الرجحان ولا
الى التعبيد في احدهما لعدم الفائدة فتعين التفريق ولهما نصف المهر تقسم بينهما
لانه قد وجب للاولى منهما وتعذر التمييز وهذه رواية الاصل والجامع وروى هشام
عن محمد ايجاب كل المهر بينهما وقال ابو يوسف لا يجب عليه شيء لعدم امكان القضاء
ومحمد يقول انه متيقن بصحة نكاح احدهما وعدم طلاقها فيجب كاملا بينهما وقيل لا بد
من سبق الدعوى والاصطلاح بقسمة المهر او نصفه كما وضعنا المسئلة عليه قال
او هو نكاح امراة فادعت نكاح اختها الغائبة وبرهنا بعدة وزوجته واوقفا
الامر الى حضورها رجل ادعى على امراة نكاحا فادعت هي انه تزوج اختها الغائبة
واقام كل منهما البينة على دعواه قال ابو حنيفة رحمه الله يقضى بنكاح الحاضرة وقالا
يتوقف الامر الى حين حضور الغائبة لجواز ان تقيم الغائبة البينة على سبق نكاحها
فيحرم الحاضرة فتمس الحاجة الى التفريق بينهما فيجب التوقف احتياطا وصيانة للقضاء
عن النقض وله انه قد ظهر نكاح هذه بالبينة ولم يظهر نكاح الغائبة لما قامت
من بينة لان هذه البينة للغائبة ولم يوجد منها ولا ممن يقوم مقامها دعوى ولهذا
يحتاج اذا حضرت الى الدعوى والبينة فيجب القضاء بما ظهر وليس نفس نكاح الغائبة
سببا لبطلان نكاح هذه لينتصب هذه خصما عنها لانفاذ ذلك النكاح ولا احاطة
للشهود بذلك وجواز ظهور نكاحها معارض بعدمه فلا يجوز ترك الثابت به

للموهوم وجواز عدم العقد ولعدم البقاء بتقدير وجوده **فرع** فان كانت له امة
قد وطيها فتزوج اختها جاز النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم لا يطأ الامة وان
كان لم يطأ المنكوحة لقيام الفراش لان للعقد حكم الوطء فيكون جامعا وطئا في
الحكم ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الامة على نفسه بسبب ما لعدم الجمع حينئذ حقيقة
وحكما ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ الامة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست
موطوءة حكما وللقائل ان يقول لو كان النكاح قائما مقام الوطء وجب ان لا يصح هذا
النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا والجواب ان نفس النكاح ليس بوطء وانما
يصير وطئا عند ثبوت حكمه وهو حل الوطء وحكم النكاح يثبت عقيب العقد فالنكاح
حال وجوده ليس بوطء فصح النكاح قال ـــــ ويحرم بين المرأة وعمتها او خالتها
او بنت اختها للحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على
خالتها ولا على بنت اختها فانكم اذا فعلتم ذلك فقد قطعتم ارحامهن والمشهور يزاد به على
الكتاب والاصل في ذلك ان كل امرأتين اذا قدرت احداهما ذكرا من الجانبين
لم يحل له نكاح الاخرى فالجمع بينهما حرام لان الجمع بينهما يفضي الى قطيعة الرحم والقرابة
المحرمة للنكاح تحرم قطعها والجمع يجعل كل واحدة منهما ضرة الاخرى فيقع القطيعة قال ـــــ
واجزنا بينها وبين امرأة ابيها هذا فرع على ما تقدم من الاصل وهو انه اذا جمع بين امرأة
وبنت زوج كان لها من قبل فانه يجوز خلافا لزفر له ان ابنة زوجها لو قدرت رجلا
لم يجز له نكاح المرأة لانها تكون زوجة ابيه فيحرم الجمع ولنا ان حرمة الجمع معلل بالافضاء
الى قطيعة الرحم الواجب صلتها وهذا الجمع غير مفض اليها بخلاف ما اذا كانت الحرمة
بينهما بالرضاع لما ان الحرمة الثابتة بينهما بالنسب نصا واما تقدير احدى
المرأتين رجلا فانما يحرم الجمع بذلك اذا اعتبر من الجانبين لان القرابة لا تتحقق من جانب
واحد ولو قدرت المرأة رجلا جاز له نكاح البنت لانها اجنبية لاستحالة ثبوت البنوة
من الرجلين قال ـــــ ويحرم على الحر اكثر من اربع وحرموا على العبد اكثر من ثنتين
هذا هو القسم الثاني وهو الجمع الراجع الى العدد والجمع بين اكثر من اربع نسوة حرام
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على الاربع
ينفي جواز الزيادة ولما روي ان غيلان الديلمي اسلم وتحته عشر نسوة فامره عليه
السلام ان يمسك منهن اربعا ويفارق الباقي وانما يستوي الحر والعبد في الاماء لاطلاق النص
والجمع بين الاماء ملكا ووطئا حلال وان كثرن لقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت

ايمانهم مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقي الاماء على
الاطلاق واما العبد فلا يجوز له الزيادة على ثنتين وقال مالك يجوز له ان يتزوج باربع
كالحر لعموم ما روينا ولان النكاح طريقه الملاذ والشهوات فكان العبد مساويا
فيه للحر كالاكل واللباس والطيب ولنا ان الرق منصف فيتنصف ملك النكاح ايضا
اظهارا لشرف الحرية قال ـــــ ويحرم اخت المعتدة من بائن في عدتها كالرجعي
هذا هو القسم الثالث وهو ما يحرم لصفة في المرأة وهي لكونها معتدة فنقول اذا
طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له التزوج باختها ولا برابعة حتى تنقضي
عدتها وقال الشافعي في عدة البائن يجوز لارتفاع النكاح بينهما الا ترى انه يجب
الحد عليه اذا وطئها في عدتها وقال علمت انها علي حرام ولو كانت علقة النكاح موجودة
لسقط الحد ووجوب العدة لحق النكاح دون قيام الحل الا ترى انها تجب على المتوفى
عنها زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة وانما لم تجب في الطلاق قبل الدخول بالنص
واذا ارتفع النكاح لم يحرم نكاح اختها لان حرمة الجمع للصيانة عن القطيعة وهي مامونة
ولنا ان نكاح الاولى باق حكما لبقاء احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والتزوج بزوج آخر
والفراش في حق ثبوت النسب فلا يجوز نكاح الاخت تحرزا عن الجمع حكما احتياطا في باب
الحرمة ووجوب الحد ممنوع على اشارة كتاب الطلاق وانما وجب في عبارة كتاب الحدود
لزوال الملك في حق الحل فكان زانيا وههنا نعتبر بقاء العلاقة فكان جامعا ووجه آخر ان
العدة عن النكاح او شبهته قائم مقام النكاح في التحريم تعظيما لامر النكاح واظهارا لخطره ولهذا
اختلفت العدة بالرق والحرية اختلاف ملك النكاح بهما وقوله ان العدة من حقوق النكاح قلنا هو
كذلك اذا تأكد النكاح بالدخول والخلوة او الموت ولذلك لم تجب على المطلقة قبل الدخول لعدم التأكد
وحق النكاح يعمل عمل حقيقته في الحرمة كما ان حق الملك للمكاتب يلحق بحقيقته في حق الحرمة من حيث المنع
من نكاح امته قال ـــــ وعدة ام الولد اذا اعتقت مانعة من نكاح اختها وقالا لا اعتق
وطئها اذا اعتق ام ولده فوجبت العدة عليها فنكح اختها في عدتها قال ابو حنيفة لا يصح والعدة
مانعة وقالا لا تمنع صحة النكاح وانما تمنع جواز الوطء حتى تنقضي العدة لهما انه يملك التزوج باختها
قبل العتق فيملكه بعده ولكنه لا يطأها حتى تنقضي عدتها تحرزا عن الجمع بين الاختين وطئا لقيام
الفراش بالعدة وله ان فراش ام الولد قبل العتق ضعيف وبعده قوي لانه يملك نقله الى غيره بالتزويج
قبل العتق لا بعده وينتفي نسب ولدها بمجرد نفيه قبل العتق لا بعده اذا اتت به في العدة فصار كفراش
المعتدة عن نكاح ولهذا تؤدي العدة بثلاث حيض قال ـــــ واجزنا الاربع فيها اذا تزوج المولى

اربعًا في عدة ام الولد المعتقة جاز النكاح والوطء خلافًا لزفر لـه انها معتدة فلا تحل اختها ولا
الاربع كالمعتدة من النكاح الصحيح والفاسد والوطء بشبهة مع ان اصل الفراش والشبهة لم يكن موجبًا
للحل وقد منعت العدة التي هي اثر الفراش فيهما فههنا اولى ولنا وهو الفرق بين جواز الاربع
والمنع من الاخت ان الفراش فيها ما يرتفع بقيام العدة بدليل ثبوت النسب اذا اتت بالولد في العدة
ولو قام الفراش لما نكحت فلو تزوج اختها لكان جامعًا في الفراش وهو حرام لان للفراش اثرًا في منع
الجمع بين الاختين ولا اثر له في تحريم الجمع بين الخمس الا ترى انه يجوز الجمع بين الاماء وان كثرن
ووجه اخر ان فراش ام الولد قوي بالعتق وكل منع كان ثابتًا قبله يقوى بعده وقد كان
المنع من استفراش الاخت ثابتًا قبله بملك يمين ونكاح فيقوى ذلك بعده حتى حرم النكاح
اصلا لالتحاق الفراش القوي بفراش المنكوحة واما نكاح الاربع فلم يكن ممنوعًا منه قبل
العتق فلو امتنع بعده لكان اثباتًا للمنع بهذه القوة لا اظهارًا لما كان ثابتًا توضيحه انه لو اعتقها
وتحته اربع لم يمنع عتقها من وطئهن وكذا لا يمنع من نكاحهن لانه وسيلة اليه ولو كان
لها اخت امتنع عليه وطيها في العدة فيمنع العدة عليها قال وصدقنا الخبر عن معتدته
بانقضائها مع انكارها ليتزوج باختها رجل اخبر عن زوجته المطلقة المعتدة انها اخبرته
بانقضاء عدتها وكذبته المعتدة جاز له ان يتزوج اختها او اربعًا سواها عندنا وقال زفر
لا يجوز والخلاف راجع الى تعرض القاضي له اما الحل فثابت ان غلب على ظنه صدقها في الاخبار
لامكان الوقت وصدق هو في الاخبار عنها وعدمه ثابت ان كان كاذبًا او لم يغلب على ظنه صدقها
بالاجماع له ان حكم العدة من استحقاق النفقة والسكنى ثابت في جانبها فكذا في جانبه
والا لثبت الحكم من جانبها ولان اسناد الاخبار عنها بطل بتكذيبها في حق القاضي والاخت
والاربع فان الحل مضاف الى انقضاء العدة واخباره المعارض بالتكذيب لا يكون حجة عليهم
فبقيت الحرمة على ما كانت ولنا انه مسلم عاقل دين اخبر عما هو ممكن فيصدق وتكذيبها
ليس بمعارض ولا ناقض لان اخباره اذا لم يعدل بها في ابطال حقوقها كالنفقة والسكنى
فلذلك تكذيبها لا يبطل حقوقه من جواز التزوج بالاخت والاربع وكان اخباره صادقًا فيما
يتعلق بنفسه لعدم المعارض وقولهما صادقًا فيما يرجع الى حقوقها لوجود المعارض من جانبها
قال ويجوز الكتابيات لاطلاق قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
يعني العفائف ووصف العفة ليس بشرط بل ذلك بناء على العادة لدلالة الغرض قال صاحب
شرح الكافي ولئن كان شرطًا فالشرط لا يدل على الانتفاء عندنا فثبت الجواز في الامة
العفيفة بالنص وفي غيرها بالنصوص المطلقة قال وتحل الامة الذمية ومع طول الحرة

الخلاف في هاتين المسألتين يبتني على قاعدة في اصول الفقه وهي ان الوصف يتنزل منزلة الشرط
وان الشرط يقتضي وجود المشروط عند وجود الشرط ولا يقتضي العدم عند عدمه عندنا وقال
الشافعي عدمه مضاف الى عدمه كما ان وجوده مضاف الى وجوده وان عمل الشرط عندنا في منع
السبب من الانعقاد سببًا في الحال بل هو بعرضية ان يصير سببًا عند وجود الشرط وانما التعليق
يمين في الحال وعنده في منع الحكم عن الاتصال بالعلة مع كون اللفظ سببًا في الحال اما
ان الوصف يتنزل منزلة الشرط فلا نزاع فيه في توقف وجود المشروط على وجوده واما عمل
الشرط فهو يقول الالفاظ الشرعية صريحة في افادة موجباتها الشرعية فيكون قائمة مقام
معانيها في كونها سببًا لاحكامها فاذا وجدت كانت اسبابًا فلا يتصور منع السببية عنها
وانما يتصور منع الحكم عن الترتب عليها توضيحه ان شرط الخيار في البيع دخل على الحكم دون
السبب الذي هو العقد بالاتفاق فكذا هذا ونحن نقول ان التعليق تصرف من المتكلم كالتطليق
وتصرفه انما يؤثر فيما هو فعله الاختياري لا في الحكم الثابت عقيب حصول السبب بغير صنع
منه ولا اختيار فكان التعليق تصرفًا في اللفظ يمنعه عن ان يتصل بالمحل كيلا يترتب عليه موجبه
فاذا وجد الشرط فاتصل بالمحل انعقد سببًا حينئذ واما حكم الشرط فانه يوجب العدم عند العدم
كما يوجب الوجود عند الوجود عند الشافعي رحمه الله وهذا بناء على ان التعليق سبب في الحال فلا
يكون عدم الحكم لعدم السبب بل لعدم الشرط وعندنا العدم مضاف الى عدم السبب لان
اللفظ ليس بسبب عندنا في الحال وعمل الشرط في منع السببية اذا ثبت هذا الاصل قال
الشافعي لما كان ذكر الوصف بمنزلة ذكر الشرط والشرط كما يوجب الوجود عند الوجود
يوجب العدم عند العدم يترتب عليه انه لا يجوز نكاح الامة مع طول الحرة لعدم الشرط وهو
عدم الاستطاعة المشروطة في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولذلك لم يجز نكاح الكتابية لفوات وصف
الايمان المذكور في الاية المنزل منزلة الشرط ولنا ان الشرط لما لم يوجب العدم عند العدم
كان نكاحهما بالمعنى المجوز وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء
ذلكم قال الزمخشري وانما خص المحصنات وهن الحرائر والعفائف حثًا على تخير المؤمنين
لنطفهم ويشير بهذا الى انه ليس بشرط حتى ان نكاح غير العفائف من المسلمات يجوز اجماعًا
قال والاربع منهن قال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان يتزوج اكثر من امة واحدة
مسلمة عند طول الحرة وعندنا يجوز ان يتزوج اربعًا من الاماء مع طول الحرة وهذا الخلاف مبني
على ان نكاح الامة ضروري عنده لما فيه من تعريض الولد للرق والضرورة تندفع بالواحدة

وبالمسئله وعندنا ليس بحرز وزى لاطلاق النصوص المقتضيه للجواز فانكحوا ما طاب لكم من النساء
وليس فيه الا الامتناع عن تحصيل الولد الحر لا ارقاقه فان له ان يمتنع ان تحصيل اصل الولد بان
يتزوج عاقرًا او عجوزًا فاولى ان يجوز له الامتناع عن تحصيل وصف الحريه فيه قال وجاريه
ابنه اذا تزوج الابن امته اباه جاز النكاح وقال الشافعي لا يجوز لان للاب حق الملك في امه ابنه
بسقوط الحد عنه بوطيها مع العلم بالحرمه فلا يجوز نكاحها كما لا يجوز في امه مكاتبه وبل اولى
لان للاب استيلاد امه الابن دون امه المكاتب ولنا انه ليس للاب فيها ملك ولا حق جار الحفد
كامه اخيه وهذا لان للابن وطء امته ومتى كان للاب فيها حق امتنع وطيها كالمكاتب لا يحل له وطء
امته لثبوت حق الملك للمولى فيها وسقوط الحد ليس لقيام الحق فيها بل لظاهر الاضافه في قوله
عليه السلام انت ومالك لابيك المقتضي للشبهه الدارئه للحد قال وتحرم الامه
على الحره لا بالعكس لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامه على الحره وتنكح الحره على الامه ولان
للرق اثرا في التنصيف فتثبت به حل المحليه في حاله الانفراد لا في حاله الانضمام الى الحره والحره
محلله في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها قال وهي في عده الحره من بائن حرام
زوج الحره المطلقه بائنا لا يجوز ان ينكح امه في عدتها عند ابي حنيفه وقالا يجوز لان الحرام
ادخال الامه على الحره وهذه مبانه الا انه لو حلف لا يدخل عليها امراه فطلقها بائنا ثم ترى م
تزوج باخرى في عدتها لا يحنث وله ان العده تقوم مقام حقيقه النكاح في التحريم على
ما سبق واما اليمين فالغرض من لا يراحمها في الفراش والقسم وذلك لا يتصور الا مع حل الوطء
واليمين تتقيد بالغرض فلا يحنث لزوال الملك بالابانه قال ولا يتزوج امته ولا
المراه عبدها لان النكاح شرع لاماره ثمرات ومصالح مشتركه بين المتناكحين والمملوكيه
تنافي المالكيه فلا يحصل الثمرات على الشركه قال وتحرم المجوسيه والوثنيه والصابئات
ان لم يكن اهل كتاب لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنه اهل الكتاب غير ناكحي
نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن واما قال في الصابئات
ان لم يكن لهم كتاب تنبيها على انهم اذا كان لهم كتاب يحل مناكحتهم لان الخلاف فيهم
ليس مبنيا على حكم الصابي بل في اعتقاده فهما يقولان انهم يعتقدون عباده الكواكب
وابو حنيفه يقول انهم يعتقدون نبيا ولهم كتاب فان كان اعتقادهم كما قالا فلا يحل
بالاجماع وان كان كما قال ابو حنيفه يحل بالاجماع وفي الكشاف حكم الصابئين حكم
اهل الكتاب عند ابي حنيفه وقال صاحباه هم صنفان صنف يقرؤون الزبور ويعبدون
الملائكه وصنف لا يقرؤون كتابا ويعبدون النجوم فهؤلاء ليسوا من اهل الكتاب

قال وتحرم الحامل من الزنا وهما وطيها حتى تضع اذا تزوج حاملا من الزنا صح النكاح
عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف النكاح باطل ولو كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل
بالاجماع له ان هذا الحمل محترم لانه لا جنايه منه ولا يجوز اسقاطه فالحق بثابت النسب
ولانه عقد يترتب عليه حكمه في الحال من الاستمتاع وطلب الولد لاشتغال الرحم بماء الغير
فلم يكن مفيدا لمقصوده فلم يصح ولهما قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا عقد صدر
من اهله في محله عن ولايه فيصح لان محل النكاح ما يمكن اثبات حل الوطء فيه في الجمله وهو
ممكن لان المانع من الوطء على شرف السقوط كالحيض والنفاس ولا امتناع في ثابت النسب
لحرمه صاحب الماء ولا حرمه للزاني وانما حرم الوطء لئلا يكون ساقيا ماءه زرع غيره
وهذا اخر الكلام في المسائل المبنيه على التقسيم السابق قال ونبطل المتعه
نكاح المتعه ان يقول متعيني بنفسك وامتع بك بكذا مده كذا فيقول متعتك نفسي ولا بد
من لفظ التمتع فيه وقد ذكر صاحب الهدايه ان مذهب مالك الجواز فيها قال بعض اصحابنا
انه سهو والمذكور في كتب مالك رحمه الله حرمه نكاح المتعه وهو الصحيح والدليل
عليه قوله تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون اشاره الى ما تقدم في الايه من
الاستثناء وهو الزوجه والمملوكه ملك اليمين وهذه ليست بزوجه لتخلف احكام الزوجيه
عنها من الارث وانقطاع الحل بغير طلاق وتخلف خواص النكاح من الظهار وغيره
وليست بمملوكه ملك اليمين وانه ظاهر ولنهيه صلى الله عليه وسلم يوم خيبر وقيل يوم
حنين عنها وفي حديث الربيع بن سبره عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرمها
قال وابطلنا المؤقت لا التوقيت بل يتزوج امراه الى مده معلومه طويله
او قصيره فالنكاح باطل وقال زفر يصح النكاح ويلزم ويبطل اشتراط المده لان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسده كما اذا تزوجها بشرط ان يطلقها بعد عشره ايام فانه يصح
النكاح ويبطل الشرط وهذا لان النكاح من قبيل الاسقاطات لان معناه سقوط حرمه
البضع في حق الزوج الا انه جعل ملكا ضروريا لاجل شرعيه الطلاق وما كان من
الاسقاطات لا يبطل بالشروط الفاسده ولنا انه متعه معنى والاعتبار للمعاني في العقود
وهذا لانه اتى بالنكاح الى عشره ايام مثلا يقصد الاستمتاع لا غير والعبره للمعنى الا ترى
ان الكفاله بشرط براءه الاصيل حواله والحواله بشرط عدم براءه المحيل كفاله اعتبارا
للمعنى ولان النكاح لا يحتمل التوقيت وانما التوقيت في المتعه شيء ومتى فقد نصا على
المتعه فلا ينعقد النكاح وان تلفظا به لانه انعقد متعه ان ينعقد مؤبدا او موقتا والاول

باطل لانها لم ينعقد النكاح فيما وراء المدة المذكورة فلا يحكم بانعقاده في زمان لم ينعقد
فيه الا ترى انها لو اضافه الى ما بعد شهر لم ينعقد في الحال لانها لم ينعقد في الحال فكذا
هذا وكذلك الثاني لان النكاح لا يحتمل التوقيت لانه عقد العمر فكان التابيد شرطا فيه فالمنع
ان التوقيت ابطل العقد وحكمه فيما وراء المدة فلم يكن نكاحا مشروطا بشرط فاسد
بل نكاحا عبر به عن نكاح يقتصر حكمه على مدة معينة وهذا هو المتعة بعينه بخلاف النكاح
شرط الطلاق بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطها القاطع للموجود منها
من النكاح شرط الطلاق بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطها القاطع للموجود
منها من النكاح بعد شهر دليل على وجود النكاح منها مؤبدا قال ـــــ ويجب السغار
ويجب مهر المثل صورة نكاح الشغار ان يقول الرجل اني زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك
او اختك فيكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان عندنا ولكل منهما مهر
مثلها وقال الشافعي العقدان باطلان لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الشغار ولانه جعل
نصف البضع صداقا ونصفه منكوحا ولا اشتراك فيه باطل ولنا ان ركن العقد صدر
من الاهل مضافا الى المحل عن ولاية شرعية لكنه لما سمي فيه ما لا يصلح مهرا صار
كانه زوجها على خمر او خنزير وهذا لان اشتراط ذلك فاسد فلا يؤثر في انعقاد العقد
لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة والشغار هو الخلو يقال بلدة شاغرة خالية عن السلطان
وشغر الكلب للبول اي رفع احدى رجليه عنها وشغر فلان من بلده نفي فيكون النهي
عن الشغار نهيا عن النكاح الخالي عن المهر وعندنا النكاح الخالي عن المهر غير ثابت فقد
قلنا بموجب النهي ووجب مهر المثل قال ـــــ ويبطل شرط الخيار لا العقد اذا
شرط الخيار في النكاح لاحدهما او لهما فالنكاح صحيح وشرط الخيار باطل وقال الشافعي
بطل النكاح لان اشتراط الخيار في معنى التوقيت او اضافة النكاح الى المستقبل لان حكم النكاح
ان يترتب عليه الى زمان الامضاء كان توقيتا او لم يترتب عليه الى ذلك الوقت كان اضافة
اليه وكلاهما باطل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد
النكاح والطلاق والعتاق واشتراط الخيار في معنى الهزل لامتناعهما في مباشرة العقد
وعدم الرضا بحكمه واصلا وفيهما في التابيد بعد الرضا وبوقته والهزل غير مانع
فكذا شرط الخيار والفقه ان عقد النكاح اذا لم يقبل الفسخ لم يقبل خيار الشرط
اثره في منع الرضا بلزومه لا في الانعقاد كما مر في البيع ومتى انعقد النكاح لزم وكان
الشرط فاسدا فالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ولا يتوقف لزومه على تمام الرضا قال ـــــ

ولو تزوجهما بالف واحداهما حرام صح في الحلال ولها الالف وفاقا لا حصتها من مهر مثليهما
اذا تزوج امرأتين بالف درهم واحداهما لا تحل له نكاحهما صح نكاح التي تحل نكاحها وبطل
نكاح الاخرى والاختصاص المبطل باحداهما وان كان قد دخل القبول في الحرام شرطا لانعقاده
في الحلال الا ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لفساده
بالشرط الفاسد واذا صح النكاح في الحلال فجميع الالف مهرها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
مهرها قسط مهر مثلها من الالف يقسم على مهر مثلها ومهر مثل الاخرى فما اصاب مهر
مثلها فهو لها وما اصاب مهر مثل الاخرى بطل حتى اذا كانا سواء كان لها خمسمائة ولو
وان كان مهر هذه الفين والاخرى الفا فلهذه ثلثا الالف او الفا وخمسمائة والاخرى الفا
فلها ثلث اخماس الالف لهما انه قابل الالف ببضعيهما فيقسم عليهما كما لو كانا محلا ولو
فاذا لم تحل احداهما ما قابلها وله انه قصد الى جعل الالف كله مهرا في هذا العقد فيكون
مهرا لمن صلح له ذلك لان الاخرى لم يدخل في العقد حقيقة لعدم المحلية فيجعل الالف بازاء الاخرى
عملا بمجاز اللفظ عند تعذر الحقيقة واطلاق السبب على الواحد كثير وهو من باب اطلاق
اسم الملزوم على اللازم فان الواحد من الاثنين من لوازم الاثنين ه

فصل في الاولياء والاكفاء والوكالة في النكاح

قال ـــــ وينعقد بعبارة النساء فلو زوجت نفسها وهي حرة عاقلة بالغة او وكلت
غيرها او توكلت به جاز من غير ولي ويشترط في رواية او وقفه على اجازته في اخرى
عبارة النساء صحيحة في النكاح عندنا حتى اذا زوجت المرأة البالغة العاقلة الحرة
نفسها جاز وان وكلت غيرها صح او توكلت هي لغيرها فعقدت جاز وقال الشافعي
ومالك لا يصح بعبارتها اصلا ولا بد من الولي وعن محمد انه يتوقف على اجازة الولي
وقيل انه رجع الى قول ابي حنيفة وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وظاهر الرواية
عنه كقول ابي حنيفة وثمانية الروايتان والتوكيل من الزوائد وجه قول الشافعي
قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل
ولانها مولى عليها قبل البلوغ لعدم الرأي ولو زال البلوغ لكان لحدوث الرأي والعقل
والحادث منهما ناقص فلو فوض اليها لاخل بمقاصد النكاح التي لا تهتدي اليه لانها
الناقص فكان وجوده فيما يرجع الى تحصيل مصالح النكاح وفوائده كعدمه فلم يرتفع الولاية
الا ان محمدا يقول يرتفع ذلك الخلل باجازة الولي عند المصلحة ولنا قوله تعالى
حتى تنكح زوجا غيره ولا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف اضاف النكاح

والفعل اليهن فكان دليلاً على صحة عبارتهن ونفاذها عملاً بحقيقة الاضافة والاطلاق
ومنهن زوجت نفسها من كفو بمهر المثل نفذ فعلت في نفسها بالمعروف فلم يكن على الاولياء
في ذلك جناح ولرواية ابن عباس رضي الله عنه ان فتاة قالت لرسول الله صلى الله عليه
وسلم ان ابي زوجني من ابن اخ له ليرفع خسيسته وانا له كارهة فقال اجيزي ما صنع
ابوك فقالت لا رغبة لي فيما صنع ابي قال فاذهبي فانكحي من شئت فقالت لا رغبة لي
عما صنع ابي ولكني اردت ان اعلم النساء ان ليس للاباء من امور بناتهن شيء اطلق
لها النكاح ممن شاءت وسكت عن الانكار عليها فيما قالت فكان بيانا لصحته ولانها
بالغة عاقلة تصرفت في خالص حقها من غير ضرر لغيرها فينفذ كتصرفها في المال والولاية
في النكاح اسرع ثبوتا من المال لثبوته لغير الاب والجد مع عدم الثبوت في المال واضافته
الى نفسها رواه اليها دليل على ان المراة اذا كان لها ولي كالامة لا يصح انكاحها نفسها
بدون اذنه اما ما نحن فيه فهي ولية نفسها بدليل كونها ولية في المال واختيار الازواج
فلم يسنا ولهذا النص على انا نقول فيما رواه دلالة على ان المجموع المركب من النكاح مع عدم
اذن الولي باطل فلو اسمي هذا المجموع بان نكحت نفسها باذنه يجب ان يكون جائزا لانتفاء
ذلك المجموع الذي علق به البطلان وهو لا نقول به فيتعين حمله على الامة والصغيرة عملا
بمقتضى اللفظ فانه دال على التوقف على الولي وما يروى في هذا الباب محمول على الاستحباب
لئلا تنسب المراة الى الوقاحة وصيانة لها عن الحضور في محافل الرجال ولا اعتبار لكمال
العقل في هذا الباب لعدم الوقوف عليه بل المعتبر في باب الولاية مطلق العقل
والبلوغ دون الزيادة والنقصان فان ولاية الكامل العقل والناقص على مالها ولاية
واحدة وفي اعتبار ذلك حرج التمييز وقد وجد البلوغ والعقل فيترتب عليهما ما
يترتب عليهما في الرجل قياسا على المال قال ـــ واستئذان البكر فيكفي فتكتفي
صماتها وتعرف الثيب الولي اذا استاذن البكر في تزويجها من رجل وسماه تسمية
يقع لها به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يجب تسمية المهر هو الصحيح
لصحة العقد بدون تسميته فسكتت وضحكت فذلك رضا لقوله صلى الله عليه وسلم
البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولانه تعارض في السكوت جنبتان
الرضا وعدمه لكن ترجح جانب الرضا لموضع الحياء ومن اظهار الرغبة لا من الرد
والضحك ادل على الرضا فيعتبر بخلاف البكاء لدلالته على الكراهية وقيل ان كان البكاء على
الاستهزاء لا يكون رضا وهذا فيما اذا استامرها الولي لا ترث فان استاذن غير ولي

او ولي بعد لا يكون السكوت رضا لجواز ان يكون لقلة الالتفات الى كلامه بخلاف
رسول الولي لقيامه مقامه واما الثيب فتعبر عنها لسانها ولا بد من رضاها
بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان الثيوبة رفعت المانع من النطق والب
ومن زالت بكارتها كالبكر ان زالت بوثبة او حيضة او تعنيس فقال علماؤنا رحمهم الله اذا
زالت البكارة باحد هذه الاشياء فحكمها حكم البكر حتى يكتفى بسكوتها عند
الاستئمار والصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله انها تزوج كالابكار والقول الاخر
انها ثيب فتستنطق ووجهه انها لم تبق بكرا لان البكر في الامة المشتراة على انها
بكر ترد لزوال بكارتها بهذه الاشياء ولنا ان مصيبها اول مصيب لها فكانت
بكرا لان معنى البكارة ينبئ عن اولية الشيء ومنه البكرة لاول النهار والباكورة لاول
الثمار ولهذا يدخل في الوصية لابكار بني فلان ولا يدخل في الوصية لثيبهم لانها ليست
بعذراء والعادة جرت بتسمية العذراء بكرا فلهذا كان يرد والعذرة عبارة عن الشيء
وفي النكاح تعلق الحكم بالبكارة التي هي مظنة الحياء لعدم ممارسة الازواج وهي
موجودة قال ـــ وكذا من زالت بكارتها بالفجور ثم زوج كالبكر عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا هي ثيب لقوله عليه السلام الثيب تشاور وهذه ثيب لدخولها
في الوصية لثيب بني فلان وكما لو اصيبت بالوطء في النكاح الفاسد وبالشبهة وله
انها شاركت الابكار في علة الاكتفاء بالسكوت لان العلة صيانتها عن كل واحد
من ضرري فوات مصالح النكاح والاقدام على التعبير بالنطق مع الحياء وفيما ذكرنا
صيانة هذه عن ضرر تعطل المصالح وضرر التعبير اما باظهار الرغبة او بالاعتراف
بالزنا مع اعتقاد الولي بكارتها المانعة من النطق لانها ان سكتت والواجب النطق
فاتت المصالح وان نطقت لزم الضرر باحد هذين الامرين فوجب دفع الضرر بالنص
النافي له ووجه اخر انه لا يمكن ادارة الحكم على حقيقة الحياء لعدم ضبطه ومقدار
ما هو المعتبر منه فادير على مظنته وهو البكارة وتعذر ان يدار على حقيقتها لقبح تفحص
الولي عنها شرعا وعقلا فاكتفي بالبكارة الظاهرة باصل الفطرة والاصل ههنا
فيكتفى بالسكوت الا ان يظهر وتشيع بخلاف الوطء بالشبهة وفي النكاح الفاسد
لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما وامر بالستر في الزنا وندب اليه فافترقا
وقيل الخفاء من الزوائد قال ـــ ولو ادعى سكوتها وهي الرد رجحنا قولها الا ان له
اذا ادعى الزوج رضاها فقالت ما رضيت فالقول قولها عندنا وقال زفر يتمسك
القول قوله لانه

بالاصل اذ السكوت اصلي والرد عارضي كالمشتري وطئه الجاريه اذا ادعى بعد مضي
المده انه رد البيع فيها وجحده صاحبه فان القول للجاحد لتمسكه بالسكوت الذي هو الاصل
ولنا ان الزوج يدعي تملك بضعها وهو امر حادث وهي تنكر حدوثه فكانت هي المتمسكه
بالاصل معنى لان الاصل استمرار عدم الملك عليها وصار كما لو انكرت اصل النكاح وهو
يدعيه وما قاله وان كان ظاهرا الا ان التمسك به يصلح للدفع لا لاثبات الاستحقاق والزوج
يحتاج اليه بخلاف البيع بشرط الخيار لظهور سبب لزوم العقد وهو مضي المده وهو
يحتاج الى اثبات استحقاق الفسخ والظاهر لا يكفيه والاخر يدعي دفعه فيكفيه قال
او انكاح امته فشهد اباه وهي كبيره بردها وسمعها رجل زوج ابنته من رجل فشهادة
ابنه ثم اختلفا فادعى الاب انكاحه اياها وجحده الزوج فشهد الابنان وهي جاحده الدعوى
بالشهاده باطله قال ابو يوسف لا تقبل الشهاده لمكان التهمه من حيث انتفاع الاب بها
ثبوت قضيته عند الناس ولا شهاده للمتهم وقال محمد تقبل لانهما شاهدان لاختهما
والشهاده للاخت مقبوله وقيد الكبيره من الزوائد والاتفاق منعقد على انها لو كانت
صغيره حين الدعوى لم تقبل الشهاده قال ــــــ ويتولى العصبه المسلم الحر البالغ
العاقل ولا يمنعه الفسق والكافر على مثله تزويج الصغير والصغيره كالاب والجد ويحجب
الاقرب الابعد لكن يثبت لهما خيار البلوغ بتزويج غيرهما ويسقطه مطلقا ق اما
ان الولي هو العصبه فلقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وانما كان لهم
تزويج الصغير والصغيره كالاب والجد لقوله عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء
ومن حيث البالغه لما قدمناه فتحققت الصغاير وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم
عائشه رضي الله عنها وهي بنت ست او سبع وبنى بها بنت تسع وزوج علي رضي الله عنه
ابنته من عمر رضي الله عنها وهي صغيره ولان النكاح يتضمن مصالح تنتظم بين المتكافئين
وليس ذلك مما يتفق كل وقت فدعت الحاجه الى اثبات الولايه على الصغاير تحصيلا
للمصلحه والقرابه داعيه الى الشفقه فينتظم الجميع وانما علقناه بالعصوبه اولا
لان الوراثه نوع ولايه لان الوارث يخلف المورث ملكا وتصرفا والولايه خلافه
في التصرف والوراثه لها اسباب الفرضيه والعصوبه والقرابه واقوى الاسباب
العصوبه لان الارث بها متفق عليه بخلاف ذوي الارحام ويستحق بها جميع المال
فلذلك رتبنا الولايه على اقوى اسباب الارث وكذلك رتبناها بينهم على ترتيبهم
في الارث والحجب تقديما للاقوى وهذه من الزوائد وشرط الاسلام لانه لا ولايه

للكافر على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولهذا
لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان والكافر ولي على مثله من اولاده الكفار لقوله
تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادة الكافر على مثله ويتوارثان ن
وهي من الزوائد ايضا وشرط الحريه لان العبد لا ولايه له على نفسه فلان لا يكون
وليا على غيره اولى والبلوغ والعقل لان هذه الولايه نظريه ولا نظر للصبي والمجنون واما
الفسق فغير مانع من الولايه وان ظهر واشتهر وقال الشافعي في اضعف القولين
هو مانع لان الفسق منع من شرط النكاح اعني الشهاده عنده مع ان الشرط لا يدخل
في ركن العقد فلان يكون مانعا عن شطره وهو الايجاب او القبول مع انه ركن
كان اولى ولنا انه ولي على نفسه وماله فيلي على اولاده الصغار كالعدل وليس
شرط العقد موقوفا على العداله لما مر فلا يتوقف الركن ايضا لانه اهله وانما ثبت
الولايه على الاب والجد تعريفا لحكم الولايه منهما ثم استدرك بما يثبتهما وبينهما
من التفاوت فقال لكن يثبت لهما خيار البلوغ بتزويج غيرهما ويسقطه مطلقا فعند
ابي يوسف رحمه الله ان تزويج غير الاب والجد كالاخ والعم كتزويجهما في سقوط
الخيار ومعنى قوله مطلقا اي كل ولي زوج الصغير والصغيره فلا خيار لهما بعد
بلوغهما وقالا لا يلزم عقد النكاح الا بتزويج الاب والجد دون غيرهما اعتبارا
بالاب والجد لان القرابه سبب كامل لاستحقاق الولايه والقريب بالتصرف ينظر
لغيره لا لنفسه وهو قائم مقام الاب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال
فكما ان عقد الوصي يلزم كعقد الاب فيما قام مقامه فكذلك عقد الولي ولان النكاح
صدر عن ولايه ونفاذه دليل حصول المصالح على وجه الكمال فابطاله ابطال لتلك
المصالح ولهما ان القرابه في الاخ والعم ناقصه وذلك يشعر بقصور الشفقه فاثبتنا
اصل الولايه نظرا الى وجود اصل الشفقه وسلبنا اللزوم نظرا الى قصورها حتى
اذا كان العقد راجح المصلحه امضي والا امكن التدارك دفعا للضرر ثم القضا شرط
في الفسخ في خيار البلوغ لا في خيار العتق لان خيار البلوغ لدفع ضرر خفي وهو تمكن
الخلل ثم القضا شرط في الفسخ في خيار البلوغ لا في خيار العتق لان خيار البلوغ لدفع
ضرر خفي وهو تمكن الخلل في العقد ولهذا شمل الذكر والانثى فكان الزاما في
حق الاخر فافتقر الى القضا واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو ازدياد الملك
عليها ولهذا اختص بالانثى فكان دفعا ولم يكن الزاما فلم يفتقر الى القضا واذا بلغت

الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت كان رضا وان لم تعلم به كان لها الخيار بالفسخ حتى
تعلم فتسكت وانما شرطنا العلم بالنكاح لانه شرط التمكن من التصرف والولي ينفرد
بولايته فكانت معذورة ولم يشترط العلم بالخيار فان دار الاسلام دار العلم وهي
متفرغة له بخلاف الامة المعتقة حيث يشترط علمها بالخيار لانها مشغولة بالخدمة
فعذرت بالجهل واذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ فرق القاضي فهي فرقة بغير طلاق
لانه فسخ ثابت ضرورة دفع اللزوم فلا يكون طلاقا ولا مهر لها ان كان قبل الدخول
لان المراد من الفسخ دفع مؤونات العقد وان كان بعد الدخول فلها المسمى لاستيفاء المعقود
عليه وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه وليس لنا فرقة جاءت من قبل
الزوج ولا مهر عليه الا هذه لانه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة لكونه قادرا
على الفراق بالطلاق فكانت فائدة الفسخ سقوط المهر والسكوت يبطل خيار البكر
دون الغلام اعتبارا بالحالة الحادثة بابتداء العقد ولا يمتد خيار البلوغ في حق البكر
الى اخر المجلس بخلاف الثيب ولا يبطل في حقها بالقيام ولا في حق الغلام لان الخيار لم
يكن ثابتا باثبات الزوج فيكون القيام اعراضا كما في المخيرة بل ثبت لتمكن خلل في
العقد فلا يبطل الا بالرضا غير ان السكوت في حق البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثابت
باثبات المولى فيعتبر فيه المجلس كخيار المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو المالك
للطلاق قال ـــــ واللزوم بتزويج القاضي رواية والخيار هو المختار كما فيه فلو
زوجها القاضي روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان العقد لازم ولا خيار لهما بعد البلوغ
وقال محمد لهما الخيار وهذا هو الصحيح من الرواية وهو المختار للفتوى ونبه على انفاذ رواية
حيث صاغها جملة اسمية وهي من الزوائد ونبه على انها قول محمد بقوله كما فيه
وجه الرواية الاولى ان ولاية القاضي كاملة لكونها مستفادة من التقليد فيكون
ملزمة كالاب والجد وقصور الشفقة فيه ينجبر بكمال الولاية وجه الرواية الصحيحة
المختارة ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ وابن العم وولاية العصبة مع قربها
غير ملزمة فالولاية المتأخرة اولى ان لا تكون ملزمة وعليها الفتوى قال الهداية
عند قوله وان زوجها غير الاب والجد فلهما الخيار اذا بلغا واطلاق الجواب
في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما
ونقصان الشفقة في الاخر قال ـــــ ولهما ان زوجهما بغبن فاحش في المهر او بغير
كفؤ الاب والجد اذا زوج الصغير او الصغيرة بغبن فاحش في المهر بان زوج بنته ونقص

من مهر مثلها او زوج ابنه وزاد في مهر امرأته او زوجهما بغير كفؤ فالنكاح
جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لانهما اخلا بالمقصود الاصلي وهو مهر المثل
والكفاءة الا ترى انها لو اكرهت على العقد بمهر المثل والكفاءة لزم والا فلا وصار
كما لو باعا ماله بغبن فاحش وله ان اقدامهما على العقد مع وفور الشفقة وكمال الرأي
دليل تحصيل مصالح اخر خفية واغراض مستورة تربو على هذه المصلحة الظاهرة بخلاف
الاكراه لان ترجح المصالح الخفية على الظاهرة انما يظهر حالة الطواعية دون الاكراه
وبخلاف المال لعدم حصول المصلحة في المالية مطلقا ومسألة التزويج بغير كفؤ من
الزوائد قال ـــــ ولم تقصر الولاية على الاب في الصغيرة وتدبر الاجبار
على الصغر لا البكارة الولاية في الاجبار عند الشافعي للاب والجد لا لغيرهما على
البكر وان كانت بالغة لا على الثيب وان كانت صغيرة فمدار الاجبار عنده على البكارة
ومداره عندنا على الصغر فله الولاية على الصغيرة وان كانت ثيبا لا على البكر اذا كانت
بالغة واما البكر الصغيرة فالولاية ثابتة فيها اجماعا والثيب الكبيرة مسلوبة
عنها اجماعا وعند مالك رحمه الله ولاية الاجبار مخصوصة بالاب وحده على الصغيرة
وحدها دون الصغير وجهه ان الولاية على الحرة على خلاف القياس مطلقا خولف
في حق الاب على الصغيرة بالنص فلا يقاس عليه الجد ولا غيره من العصبات لانه ليس
في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولنا ما مر من ان القرابة تدعو الى النظر فاثبتنا
اصل الولاية وهذا القصور اثر في سلب ولاية الالزام حتى اثبتنا الخيار بعد البلوغ
واما المال فان التصرف فيه يتكرر تكررا لا يهتدى عليه فلا يمكن اثبات الولاية الا بشرط
الالزام ولا الزام مع القصور فبطل اصل التصرف فيه لبطلان فائدته واما ان اثبات الولاية
على خلاف القياس فممنوع بل هو على وفقه فان النكاح يتضمن المصالح ولا يتحقق الا بين
المتكافئين عادة فاثبتنا الولاية احرازا للكفؤ واما ان مدار الاجبار على البكارة عند
الشافعي فوجهه ان البكر جاهلة بامور النكاح وان كانت بالغة لعدم التجربة
بخلاف الثيب لحدوث الرأي بواسطة الممارسة وان كانت صغيرة وهذه الولاية
نظرية والجاهلة بامور النكاح احوج اليها من غيرها ولنا انها حرة عاقلة بالغة
فكانت ولية نفسها وحدوث الرأي بالعقل متعلق بالبلوغ في الشرع بدليل توجه
الخطاب اليها فصارت كالغلام وكالتصرف في المال ولا اثر للممارسة في حدوث الرأي
مع الصغر لعدم الشهوة وانما ملك الاب قبض صداقها لقيام الاذن دلالة حتى لو نهته

عن القبض لم يكن له قبضه ومذهب الشافعي ان العصبة تتولى العقد لكنا عند
عدم الاب والجد فلا تكون الولاية مقصورة عليهما كما هو مذهبنا فاسقطت
الخلاف منه قال ـــــ واعلم ان ولاية الاب الجنون الولد تعود بالبلوغ اذا بلغ الصغير
عاقلا ثم جن عادت لابيه الولاية في تزويجه وقال زفر لا تعود لانه لما بلغ زالت
ولاية الاب بحدوث ولاية على نفسه ولما صار ولي نفسه وقع الاستغناء عن نظر
الولي بخلاف الجنون المتصل بالصبي لعدم ما يزيل الولاية التي كانت ثابتة من قبل والاصل
البقاء وبخلاف الولاية على المال لتجدد الحاجة اليه في كل وقت ولنا ان الموجب
لثبوت الولاية عجز المولى عليه عن التصرف واختيار الاولى والجنون الاصلي والطارئ
في ذلك سواء وقد لا يتفق الكفو في حال الافاقة وقد يتفق فلا يثبت حتى يتفق
فثبتت الحاجة الى النظر له في الجنون الطارئ حسب الحاجة في الجنون الاصلي قال
والام واقاربها وذووا الارحام اولياء بعد العصبة ومعناه اذا لم يكن للصغير
او الصغيرة عصبة فللام والجدة والاخت والخال والخالة ونحوهم من ذوي الارحام
الولاية عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد ليس لغير العصبة ولاية لكن للسلطان
او نائبه كالقاضي لقوله عليه الصلوة والسلام الانكاح الى العصبات فلا ام الحسن
بها يقتضي انحصارها على الجنسين في الاخر فتنتفي عن غيرهم وانما تثبت للسلطان ونائبه
لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وله ان القرابة سبب داع
الى الشفقة ولهذا قام ذووا الارحام مقام العصبة عند عدمهم في الميراث فيقومون
مقامهم في الانكاح باشارة قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب
الله وهذا لان القرابة القريبة ملزومة فكان اصل القرابة موجبا لثبوت اصل الولاية
ثم يرتب حالها بالبلوغ لتدارك ان حصل والحديث يدل على ان الانكاح للعصبات
عند وجودهم اما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فيتنقل الى من هو على معنى
العصبة في الشفقة وانما تاخروا عن العصبة لضعف الراي وبعد القرابة كما في
الارث قال ـــــ ثم تتولى مولى الموالاة ثم القاضي اما مولى الموالاة فلانه
مؤخر عن ذوي الارحام في الارث فكذلك الولاية واما القاضي فلقوله عليه السلام
السلطان ولي من لا ولي له وهاتان من الزوائد قال ـــــ والجد اولى من الاخ
مطلقا واثبتناها لكل منهما اذا كان للصغير او للصغيرة جد واخ لاب وام
او لاب وهو معنى قيد الاطلاق وهو من الزوائد قال ابو حنيفة رحمه الله الولاية

عليهما للجد دون الاخ وقالا الولاية لكل واحد منهما لان كلا منهما يدلي
الى الصبي بابيه لكن الاخ يتصل الى الصبي بالبنوة والجد بالابوة والبنوة في التعصيب
فوق الابوة فهذا يقتضي انفراد الاخ بالولاية نظرا الى ترتيب درجات التعصيب
والجد قائم مقام الاب في كثير من الاحكام وفي اطلاق اسم الاب عليه وهذا يقتضي
انفراده فعملنا بشبهيهما واثبتنا الولاية لكل منهما نظرا للصبي وله
انا اجمعنا على ان الجد يرث مع الابن وابن الابن دون الاخ والجد له جهتان يرث
بهما بالفرض تارة وبالتعصيب اخرى دون الاخ اجماعا فدلنا ذلك على ترجح الجد على
الاخ في قوة القرابة الداعية الى الشفقة التي تتفرع عليها استحقاق الارث وولاية
الانكاح ولهذا له التصرف في المال عند عدم الاب دون الاخ قال ـــــ
وزوج ابا المجنونة على ابنها وعكسنا المجنونة التي لها اب وابن تتولى الاب نكاحها
عند محمد وتتولاه الابن عندهما وتقدم الاب احترام له وجه قوله ان الاب
لها انظر وشفقته عليها اظهر واوفر ولذلك عليه تثبت ولايته على المال فكان اولى
ولهما انه صلى الله عليه وسلم جعل ولاية الانكاح الى العصبات على ترتيبهم في الميراث
والابن هاهنا هو العصبة لا الاب ولا يلزم من تقديمه عليه في المال تقديمه عليه
في الانكاح الا ترى ان الجد يتولى المال مع الابن والابن يتولى النكاح معه اجماعا وانما
صورناها في المجنونة لانها اذا كانت صغيرة مجنونة فعليها الولاية الصغر لا الجنون واذا
كانت كبيرة فلا ولاية عليها اصلا لها اذا كانت كبيرة مولنا عليها فلا بد من الجنون لتصور
المسئلة قال ـــــ ونجيز للاب تزويج عبد الصغير من امته قال ابو حنيفة ومحمد
رحمهما الله لا يملك الاب تزويج عبد الصبي من امة الصبي وقال ابو يوسف يملك ذلك
يملك تزويجها من غير عبده فيملك تزويجها منه ولا يلزم انه لا يملك تزويج العبد من غير
امة الصبي لانه حينئذ يكون مستنقصا له بلزوم المهر عليه واشتغال ذمته به وههنا
لا يجب المهر عليه فلا يكون استنقاصا ولهما ان الموجود منه غير مملوك له شرعا فلا
ينفذ لان الموجود منه المجموع وهو تزويج عبد الصبي وتزويج امته وهذا المجموع غير مملوك
له لانه لا يملك احد جزئيه فلا يملكهما بالضرورة قال ـــــ واذا غاب الولي
الاقرب غيبة منقطعة جاز عندنا ان يزوج الابعد ولا يلزم تزويجه حتى لو عاد الاقرب
لا يبطل ما عقده الابعد وقال زفر لا يجوز للابعد ان يزوج ولو عاد الاقرب وقد
عقد الابعد بطل عقده لان ولاية الاقرب حال غيبته قائمة الا ترى انه لو زوجها

حيث هو حاضر فلا تبطل بغيبته ولا تنتقل الى الابعد فيكون عاقدا على الطفل بغير ولاية فلا
يصح ولنا ان هذه الولاية نظرية ومتى فوض الى من لا ينتفع برأيه ويفوت مصالح النكاح
لاستطلاع رأيه عاد على الموضوع بالنقض ففوضناه الى الابعد منزلا له من الاقرب منزلة الخلف
من الاصل واذا قيل للاقرب وقد حصل من الابعد كان كالقدرة على الاصل بعد حصول المقصود
بالخلف فلا يبطل حكم الحاصل بالخلف كالقدرة على الماء بعد الفراغ من الصلاة بالتيمم واما
جواز تزويج الاقرب من حيث هو ممنوع ومع التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير وللاقرب عكسه والولاية على الطفل نظرية فجعلا كوليين متساويين فايهما
عقد نفذ نظرا له ولان رأي الابعد خلف عن الاقرب ولا فرق في الخليفة بين عدم الاصل
او عدم الانتفاع به الا ترى كيف ثبت جواز التيمم مع وجود الماء النجس كعدمه اصلا
لان الماء النجس غير منتفع به فكان كالعدم كذلك هذا قال وتقدمه على القاضي
الولي الاقرب اذا غاب غيبة منقطعة انتقلت ولاية التزويج الى الابعد وقال الشافعي
الى القاضي في اظهر القولين لانها ثابتة للاقرب لوجود السبب وهو قرب القرابة وثبوتها
له يمنع ثبوتها للابعد لكن عدم انتفاع المولى عليه برأيه ينزل منزلة عضله لو كان حاضرا
يزوجه القاضي نيابة عنه لثبوت ولايته ايفاء الحق للمستحق له كما في المجبوب والعنين ينوب
عنهما في التسريح بالاحسان عند فوت الامساك بالمعروف دفعا للظلم عنها فكذلك
ههنا عند المولى عليه مظلوما باحتباس حقه فناب عنه في تزويجه بالكفو صحة النيابة
منه ولنا ان الولاية نظرية ولا نظر للمولى عليه اذا ثبت للاقرب لعدم انتفاعه بها
فصار في حقه كما لو مات او جن فينتقل الى الابعد كما لو تحقق ذلك واما نيابة القاضي
مناب غيره اذا اصدر عنه ظلم فيكون دافعا كما في العنين والمجبوب كظلم الزوج بالامتناع
عن الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان فناب القاضي في التسريح دفعا للظلم
حيث لا يمكن النيابة في الامساك بالمعروف وههنا لم يوجد من الولي الاقرب ظلم
ليدفع فكيف يتحقق النيابة قال وفسرناها بان يفوت الكفو باستطلاع رأيه لا بجهل
مكانه في تفسير الغيبة المنقطعة لاصحابنا اقوال فقول زفر ان يجهل مكانه لانه حينئذ
ينقطع اخباره اما اذا عرف مكانه وخبره فرأيه ينتفع به فلا تبطل ولايته واختار
القدوري ان يكون في بلدة لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة لان الخاطب لا
ينتظر سنة ولا يعلم هل يجيب ام لا وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا وقيل ادنى
مدة السفر لان اقصاه لا نهاية له وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت

الكفو باستطلاع رأيه قاله صاحب الهداية وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته
حينئذ وهذا هو الذي اخترناه في الكتاب قال وتعتبر الكفاءة في الدين فلا يكون
الفاسق كفوا للصالحة ويجعله كفوا الا اذا استخف به اما اعتبار اصل الكفاءة فلقوله
صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان
النكاح يراد لانتظام مقاصده ولا تنتظم الا بين المتكافئين عادة فان الشريفة تأبى ان تكون
فراشا للدني فيشترط لتتميم المقاصد بخلاف اعتبارها الكفاءة من جانبها في حق الزوج لكونه
مستفرشا واما اعتبار الدين فالمراد به الديانة والتقوى فلقوله تعالى ان اكرمكم عند
الله اتقاكم وقوله عليه السلام عليك بذات الدين تربت يداك نبه على اغراض النكاح وحمل
الحمد على الدين ولانه من افخر الاشياء والصالحة تعير بالفاسق وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف هو الصحيح وعن ابي يوسف انه قال اذا كان ذا مروءة مستترا لم يسقط به
الكفاءة لان ما يتعلق بالفسق والديانة من امور الآخرة فلا يتعلق به امور الدنيا الا ان
يفحش ويستخف به بحيث يخرج سكرانا يسخر به ويلعب به الصبيان لانه يستخف به قال
وفي المال يملك المهر المعجل والنفقة ويعتبرها دونه يملك المهر والنفقة جميعا هو
المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر
بدل البضع فايفاؤه واجب وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه فكان ضروريا وقيد المعجل
مذكور في الهداية وهو من الزوائد وعن ابي يوسف ان المعتبر هو النفقة دون المهر
لجريان المسامحة في المهر ويعد قادرا عليه بيسار ابيه قال ويجعله يملكها كفوا
لفائقة الغنى الكفاءة في الغنى معتبرة بحيث لا يكون المالك للمهر والنفقة كفوا للفائقة
في الغنى عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله يكون كفوا لان المال لا ثبات
له وغاد ورائح وانما القدرة على المهر والنفقة لا بد منها لان مصالح النكاح لا تنتظم بفواتها
فاعتبر دون ما زاد عليهما لعدم الضرورة اليه ولهما ان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون
بالفقر قال واعتبرنا الصنائع وعن الامام روايتان ويعتبرها في رواية
ويعكس في اخرى الا ان يفحش فقد اختلفت الرواية في الصنائع والمذكور في المنظومة
اعتبارها وفي نسخة اخرى عدم الاعتبار والمذكور ههنا ما في الهداية قال فيها
ويعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن
ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ونقل الروايات من الزوائد
وجه الاعتبار وقوع التفاخر بشرف الصنائع ودناءتها ووجه القول الآخر ان الحرفة

يثبت مما يلزمه لامكان التحول من الدنيه الى الشريفه وذكر في فتاوى القاضي الامام فخر
الدين ان في ظاهر الروايه عن ابي حنيفه لا يعتبر الحرفه ويكون البيطار كفوا للعطار وفي
قول ابي يوسف ومحمد واحدى الروايتين عن ابي حنيفه صاحب الحرفه الدنيه كالبيطار
والحجام والحايك والكناس والدباغ لا يكون كفوا للعطار والبزاز والصيرفي وذكر صاحب
المبسوط والمروي عن ابي حنيفه ان ذلك يعني الكفاءه في الحرف غير معتبر اصلا وعن ابي
يوسف انه معتبر وهذا مما يعضد ما قاله صاحب المنظومه وهو يعد في الكفاءه الحرف
يعني ابا يوسف وفي نسخه اخرى بلا اعتبار في الكفاءه الحرف فقلنا الروايتين ولم
يتعرض في المتن للاصح منها فانه مختلف من اصحابنا وميلي الى الاعتبار قال فاعتبروا
النسب ولم يعتبره واعليه قال مالك رحمه الله الكفاءه المعتبره هي الدين لا النسب لما روينا
في اعتبار الدين فانه عليه السلام نبه على ان المعتبر هو الدين دون النسب ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض
قبيله بقبيله والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل فهذا صريح في اعتبار الكفاءه
بالنسب ولا اعتبار بتفاضل قريش لاطلاق النص وقد روي عن محمد انه استثنى مثل
بيت الخلافه تعظيما لها والمذكور في المنظومه عن مالك انه لا يعتبر الكفاءه وليس
على اطلاقه قال صاحب المعونه والكفاءه المعتبره هي الدين دون النسب وقال فيه
وان رضيت بغير كفو واباه الاولياء لم يكن لها ان تنكح الا برضاهم اذا كان وضعها
نفسها في غير كفو يلحق العار بهم فلهم دفع العار عن انفسهم وهذا هو الصحيح
وذكرته في المتن وقد اختلف اصحابه في اعتبارهم الحريه فقال اذا رضيت بعبد جاز عند
ابن القاسم ولم يجز عند المغيره وسحنون وهو الصحيح لان الحريه من الكفاءه والعار
يدخل على الاولياء بوضع موليتهم نفسها تحت عبد فكان لهم منعها وعندنا الحريه
معتبره ايضا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر قال ويحمل
ذا ابين في الاسلام او في الحريه كفوا الذي ابوين ويستوي الابوان والاكثر مذهب
ابي يوسف ان من له اب واحد في الاسلام او في الحريه مساو في الشرف لمن له ابوان
في الاسلام او في الحريه الحاقا للواحد بالاثنين كما هو مذهبه في التعريف ولهما ان
النسب بالاب وتمامه بالجد فلا يشترط الزايد لان الحاجه مندفعه بهما ولا يقع
التعيير بكفر اب الجد ولا برقه فانه لا يعرف غالبا بخلاف الاب والجد لانهما معروفان
غالبا فيقع التعيير بكفرهما فلهذا يساوي من له ابوان من له اباء في الشرف والحاق

الحريه من الروايات قال ـــــــ واذا تزوجت بغير كفو كان للاولياء التفريق
بينهما معناه يطلبون ذلك من القاضي ليحكم به لما تقدم من ان القضاء شرط في الفسخ
وما لم يفرق فاحكام النكاح ثابته وليس الفسخ طلاقا لان الطلاق تصرف في النكاح
وهذا فسخ لاصل النكاح ولان الفسخ انما يكون طلاقا اذا صدر من القاضي نيابه عن
الزوج وهذا ليس كذلك الا ترى انه لا يجب شي من المهر ان كان قبل الدخول وانما
ثبت لهم ولايه طلب التفريق دفعا للعار اللاحق بهم بمصاهره غير الكفو قال
ويجيزه لبعضهم ان اختلفوا اذا زوج المراه بعض اوليائها المساوين في الدرجه
غير كفو قال ابو حنيفه ومحمد سقط حق الاعتراض للباقين وقال ابو يوسف رحمهم
الله لهم الاعتراض فيطلبون من القاضي الفسخ فيفسخ بطلبهم في وجه الزوج لان هذا
الحق ثابت للكل فاذا اسقط احدهم حقه وجب ان لا يسقط عن الباقين دفعا لضرر العار
عنهم بمصاهره من لا يكافيهم ولهما ان هذا الحق ثابت للكل على وجه ثبت لكل واحد
على الكمال لتعذر اثباته على الشركه فانه قد يتعذر اجتماعهم لبعدهم فاذا ابطله احدهم
والحق واحد لا يقبل التجزيه بطل كالامان والعفو عن القصاص بخلاف ما اذا رضيت
هي لان حقها غير حقهم فان حقها صيانه نفسها عن ذل الاستفراش وحقهم في دفع العار
عن انفسهم وسقوط احد الحقين لا يوجب سقوط الاخر وروى الحسن عن ابي حنيفه انها
اذا زوجت بغير كفو لم يجز قال شمس الائمه السرخسي وهذا احوط فليس كل ولي يحسن
المرافعه الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد هذا الباب قال ـــــ وللولي
الاعتراض اذا نقصت من مهر مثلها ومنعه الحره البالغه العاقله اذا زوجت نفسها
من كفو باقل من مهر المثل فللاولياء حق الاعتراض حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقال ابو يوسف ليس له الاعتراض وقد نصب الخلاف صاحب الهدايه بين ابي حنيفه
وصاحبيه وجعل قول محمد مع ابي يوسف ترجيحا لما نقل من رجوعه الى قول ابي حنيفه
انه لا يفتقر النكاح الى الولي ولا يتوقف على اجازته قال وان صح ذلك وهذه شهاده
صادقه عليه والمذكور في هذا الكتاب وضع الخلاف بين ابي حنيفه وابي يوسف
نظرا الى قول محمد يتوقف النكاح على اجازه الولي وهذا اعقبه بمسئله اخرى في المنظومه
تدل عليه له انها تصرفت في خالص حقها بدلاله صحه الابراء عن المهر بدون رضى الولي
ولابي حنيفه انهم يتعيرون بالنقصان عن مهر المثل ويعيرون به ويتفاخرون بالمغالاه في
ذلك فيثبت حق الاعتراض دفعا للعار عن انفسهم قال ـــــ وان كرهها ثم زال ك

برضيت فله ايضا ونقضه   هذه المسألة مبنية على قول محمد يتوقف النكاح على اجازة
الولي فلا يتصور الاعتراض الا اذا اكرهها جميعا على النكاح بدون مهر المثل نزل الاكراه
برضيت هي وابى الولي فعند ابي حنيفة له حق الاعتراض لما قلنا وعندهما ليس له الاعتراض
لقول ابي يوسف لكون المهر خالص حقها   قال ـــــ ويجيز تولي طرفي النكاح ولما كان
او وكيلا او وليا او وكيلا او اصيلا او وكيلا او وليا واصيلا   احترز بالنكاح
عن البيع فانه لا يجوز ان يتولى فيه طرفي العقد اما الولي من الجانبين كمن زوج ابن ابنه
بنت ابن له اخر او بنت اخيه ابن اخ له اخر او امته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر
واما الوكيل والولي فان يوكله رجل في تزويجه بنته الصغيرة او وكلته امرأة
ان يزوجها من ابنه الصغير   واما الوكيل والاصيل فان توكله امرأة ان يزوجها
من نفسه واما الولي والاصيل فان يزوج ابنة عمه الصغيرة من نفسه وصورة ذلك ان
يقول اشهدوا اني زوجت فلانة من فلان وفلانة مني او تزوجت فلانة ولا حاجة
له الى القبول لانه قد تضمن الشطرين وفي مذهب الشافعي لا يجوز ذلك الا في جد
الزوجين وبه قال زفر والامام الاعظم في احد الوجهين لان العقد يوجد بالايجاب
والقبول وعمل اللفظين مختلفين والمنتصب للايجاب لا ينتصب للقبول لمكان تغايرهما
لكون احدهما ايجابا والاخر استيجابا كما في البيع ولنا انه معبر وسفير لان الحقوق
لا ترجع اليه فلا مانع ان يصلح سفيرا من الجانبين لان المانع في الجمع بين حقي اللفظين
حكما او حقوقا وعقد النكاح لا يثبت موجب لفظه للعاقد بل لمن وقع العقد له
اجماعا بخلاف البيع لان الحقوق راجعة الى الوكيل كما بيناه في الوكالة فوقع المانع
من كون الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما   قال ـــــ واقرار الولي
والوكيل ومولى العبد بالنكاح غير نافذ الا ببينة وينفذ في الامة اذا اقر ولي
الصغير والصغيرة عليهما بالنكاح او اقر وكيل الزوج او الزوجة به لا ينفذ عليهم
بدون البينة وقالا ينفذ بدون بينة وكذا المولى اذا اقر على عبده دون امته فانه
موضع الاجماع حيث ينفذ اقراره عليها لهما ان ولاية الانشاء قائمة فوجب تنفيذ
الاقرار عليهم لمساواة هذا الاقرار الانشاء كالوكيل بالبيع وكاقرار المولى بنكاح
امته وله انه لا مساواة بين هذا الاقرار والانشاء لاختصاص ولاية الانشاء بحالة
حضرة الشهود فلو نفذ الاقرار بدون الشهود كان اعلى رتبة منه فلا يجوز لان
الاصل عدم الولاية وانما تثبت تحصيلا للمصالح المتعلقة بالنكاح العاري عن التهمة

وفي الاقرار تهمة الكذب فخرجنا فيه على الاصل بخلاف البيع لعدم تقييده
بالشهود بخلاف اقرار المولى بنكاح امته لان منافع بضعها مملوكة له ظاهرا فاذا
اقر بها لغيره وجب نفاذه عليه ومنافع الموكل والمولى عليه ليست مملوكة للولي
والوكيل فافترقا   قال ـــــ ويجيز عقد الفضولي من جانب موقوفا ويجيزه من جانبين
ويصح من الفضوليين   اما الفضولي من جانب واحد فكما اذا زوج رجل امرأة بغير
امرها رجلا فقبل النكاح او رجلا بغير امره امرأة فقبلت فهذا النكاح ينعقد موقوفا
على اجازة الغائب عندنا وقال الشافعي لا ينعقد اصلا واما الفضولي من الجانبين
فهو ان يقول اشهدوا اني زوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير امرهما فهذا لا ينعقد
وقال ابو يوسف ينعقد موقوفا على اجازتهما واما العقد من الفضوليين فان يوجب
احدهما ويقبل الاخر وهذا ينعقد اجماعا من اصحابنا وكذلك اذا جرى بين اصيل
وفضولي   للشافعي في المسألة الاولى انه عديم القدرة على هذا العقد لعدم الولاية
لانها اما بالاصالة او بالوكالة وقد عدما فلا يصح ولنا ان العقد صدر عن اهله لانه
حق المتعاقدين مضافا الى المحل قابل لحكمه فيتم الانعقاد لعدم الضرر على الغائب من
حيث انه غير لازم فيثبت الانعقاد صونا لكلام العاقل عن الالغاء ويتوقف حكمه
على الاجازة دفعا للضرر عنه ولابي يوسف في المسألة الثانية ان الواحد يقوم
مقام شخصين وكلامه مقام كلامين الا ترى انه في حالة الحضرة يملك الرجوع عنه قبل
القبول فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كالبيع بخلاف
ما لو كان مأمورا من الجانبين او وليا من الجانبين او مأمورا من جانب ووليا من جانب
لانه حينئذ يصير شخصين حكما للولاية والامر فصيرورة انتقال كلامه الى الزوجين والعهدة
لا ترجع الى العاقد فلا مانع من قيامه مقامهما فاذا عدمت الولاية والامر عدنا الى
الحقيقة والعاقد واحد والكلام واحد فلم يتوقف بخلاف الفضوليين لان
العقد تام بهما ويتوقف النفاذ على اجازة الجانبين وبخلاف الخلع والطلاق على
مال والعتق على مال لانه من جانب الزوج والمعتق يمين وهو عقد تام ولهذا لا يملك
الرجوع عنه قبل القبول فلم يصح القياس عليه

فصل في المهر

قال ـــــ يصح بغير تسمية مهر   تسمية المهر ليس من شرط صحة النكاح لان
النكاح عقد ازدواج يتم بالزوجين واما المهر فواجب شرعا قال تعالى ان تبتغوا باموالكم

علو المحل على الاستيفاء بالمال فلا يخل دونه ولانه وجب لاظهار شرف المحل وابانة خطره
فكان واجبا وكان مالا واذا وجب بالشرع لم يتوقف على التسمية وسقوطه بالطلاق
قبل الدخول اذا لم يسم لا يدل على عدم الوجوب لانه يشبه الفسخ وسقوط العوض
عند وجود المسقط لا يدل على عدم الوجوب كيف والسقوط دليل الثبوت والتنصيف
عند التسمية بالطلاق قبل الدخول ثابت بالنص على خلاف القياس قال
ولا ينقصه عن عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما جاز ان يكون ثمنا في البيع
جاز ان يكون مهرا لانه انما وجب حقا لها بالتزامه فيتقدر بما وقع عليه تراضيهما
كالبيع والاجارة والكتابة ولنا ما تلونا وهو يحتمل الخفة اليسار بقوله صلى
الله عليه وسلم في رواية جابر وابن عمر لا مهر اقل من عشرة دراهم ولان المهر وجب
حقا للشرع لانه في مقابلة عصمة المحل وهو حق الشرع الا ترى انه لا يقبل الاباحة منها
وانما يصير حقها في الاستيفاء بدليل صحة الابراء ولان النكاح لا يكون بدونه وان سكتت
عنه او نفاه ولهذا كان لها المطالبة بتقديره وهو مبني على وجود الاصل وما ثبت
حق الشرع قابل للتقدير كالزكاة فوجب التقدير بمال له خطر في الشرع وهو العشرة
استدلالا بنصاب السرقة ومذهب مالك رحمه الله ان اقله ربع دينار وثلثة دراهم
بهذا التعليل الا ان اقل ما يقطع عليه في السرقة عنده هذا القدر فيقدر به قال
ولو سما اقل امناها وتركا مهر المثل اذا سمى خمسة دراهم فلها عشرة عندنا وقال
زفر لها مهر المثل لانه سمى ما لا يصلح مهرا فصار كان لم يسم ولنا انها تركت ما
هو حقها وما هو حق الشرع فيملك اسقاط حقها وهو الزايد على العشرة دون ما هو
حق الشرع وهو تمام العشرة كما اذا اسقط احد الشريكين الدين المشترك فانه يصح في
نصيبه خاصة فلو طلقها قبل الدخول يجب عندنا خمسة دراهم وعند زفر يجب
المتعة كما اذا لم يسم شيئا قال ـــ او اكثر وجب بدخول او موته لان الدخول
يتحقق به تسليم المبدل فيجب جميع البدل وبالموت يتقرر به النكاح ويتاكد لانتهائه به
قال ـــ فان طلق قبل الدخول ينصف لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم قال ـــ الا ان يعفو هي فيترك
ولم يجوزوه للاب او يعفوا الزوج فيكمل معنى الاستثناء ان المراة اذا وجب
لها نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول فلها ان تعفو عنه فيترك طلبه وهل للاب
ان يعفو كالمراة قال مالك له العفو عن نصف المهر وعندنا ليس له ذلك بل العفو

الى الزوج على معنى انه يكمل صداقها وهذا راجع الى الاختلاف في تفسير
قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فعنده الذي بيده عقدة
النكاح هو الاب فالتقدير الا ان يعفو هي او الاب باعتبار انه هو العاقد
والولي وعندنا ليس له ذلك لان الاب ليس له اسقاط مهرها لانه خالص حقها
فلا يملك كسائر ديونها والمفسرون قالوا الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج لان
عقدة النكاح بيده ان شاء امسكها وان شاء فارقها ومعنى العفو تكميله الصداق
لها يؤيده قوله ولا تنسوا الفضل بينكم فانه روي ان سعد بن ابي وقاص عرض
على جبير بن مطعم بنتا فتزوجها فلما خرج من عنده طلقها وارسل صداقها كملا
فقيل له لم تزوجت قال لانه عرضها علي فلم اكملت المهر قال فاين الفضل قال
ولا متعة لها لانه لما وجب المسمى بدلا عن المستحق بالنكاح مع عوده اليها كما كان استغنت
به عن المتعة لانها تجب لدفع وحشة الفراق ووجوب نصف الصداق واف به
وانما صرح ههنا بنفي المتعة لان صاحب المنظومة حكم بوجوب المتعة لها مع نصف
الصداق قال ـــ وحتما نصف المسمى يلزمه المتعة ايضا حتما وليس هذا من مذهب
الشافعي لان المذكور في الكتب المشهورة المعتبرة لاصحابه مناقضة قال صاحب
الوجيز وكل مطلقة قبل المسيس لا تستحق شطر المهر تستحق المتعة وهكذا ذكر صاحب
الهداية منها فقال وعند الشافعي تجب المتعة لكل مطلقة الا لهذه يعني التي طلقها
قبل الدخول وقد سمى لها المهر فلذلك اسقطت الخلاف من الكتاب قال
وان لم يسما او شرطا ان لا مهر فوجب مهر المثل بالعقد لا بالدخول مذهب الشافعي
رحمه الله في المفوضة انه يجب مهر المثل اذا دخل بها ولا يجب بنفس العقد في
اصح القولين وعندنا يجب مهر المثل بنفس العقد وهذا الخلاف مبني على اصل وهو ان
المملوك بالعقد مضمون بالمسمى ان سمى بالعقد مالا وان لم يسم كان مضمونا بمهر المثل
عندنا وعنده المهر ضمان زايد ان ذكر في العقد كان عوضا وان عقد من غير
تسمية لم يجب بالعقد شي لان نفيه عن العقد لا يفسده ولو كان عوضا اصليا
لكان مفسدا كالبيع يخلو عن احد البدلين فلا يجب بدون التسمية فاما بعد العقد
فلها ان تطالب بالامهار في احد قوليه لانها وان رضيت بالاستحلال عقدا فلم
ترض به بدا فكان لها الامتناع عن اثبات اليد عليها حتى يبذل لها المهر ولنا
ان الملك لم يشرع الا بالمال قال تعالى ان تبتغوا باموالكم وهذا الملك مضمون بالمال

لانه لو ثبت الملك بدون المال كان تبرعا او اباحة والابضاع لا تجري فيها البذل
والاباحة لكونها محل النسل وقد تعلق به حق الشرع فصين عن الابتذال تعظيما
او دفعا للفساد فكان ايجاب المال من مراعاة حدود الشرع كالشهود فلا يجوز
اخلاء العقد عنه قال ——— وان طلقها قبله اوجبوا المتعة يجب درع وخمار
وملحفة باعتبار حاله اذا تزوج امراة لم يسم لها مهرا ثم طلقها قبل الدخول بها
فان المتعة واجبة لها عندنا وقال مالك لا تجب انما تستحب لان الله تعالى علق ذلك
بالمحسنين فقال وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المحسنين ولو كانت واجبة لما
علقت بهم اذ الواجب لا تفاوت الى من وجب عليه محسنا كان وغير محسن
ولنا قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والامر للوجوب
ثم المتعة ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة وهذا التقدير عن عائشة وابن عباس رضي
الله عنهم وقوله باعتبار حاله هو الصحيح ذكره صاحب الهداية فان القدوري
رحمه الله مال الى مذهب الكرخي في ذلك حيث قال من كسوة مثلها وهو اعتبار
حالها قال ——— والصحيح انه يعتبر بحاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
وقال الشافعي رحمه الله ما جاز ان يكون صداقا جاز ان يكون متعة وقيل ما يراه
القاضي لائقا بحالهما من ثوب او خاتم قال ——— ولا تزاد على نصف مهر المثل لان
الله تعالى اوجب في النكاح الذي فرض فيه مهر نصفه بالطلاق قبل الدخول لا
غير والمسمى اقوى من مهر المثل لان مهر المثل واجب بالعقد والمسمى واجب به
وبالتسمية جميعا فلما لم تستحق المراة في الاقوى اكثر من نصف المفروض لم تستحق
في الاضعف بطريق الاولى وانما لم يذكر فيها خلافا لان مذهب الشافعي
انه ينبغي ان ينقص المتعة عن نصف مهر المثل وعندنا لا تستحق الزيادة على نصف مهر
المثل فلا خلاف في الحقيقة قال ——— ولو فرضه بعد العقد توجبها لا نصفه
ويحكى به في قول وهاهنا في اخر اذا تزوج امراة ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا
على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فلها المتعة
عندنا وقال الشافعي وهو قول ابي يوسف الاول رحمهما الله يجب نصف المفروض
وفي قوله الاخر يجب المتعة لهما ان الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف المفروض
والمهر مفروض فيجب تنصيفه ولنا ان هذا النكاح انعقد موجبا لشيء اخر وما سميناه
فانما هو تعيين لمهر المثل ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما وقع تعيينا له قال ———

وان زادها بعد العقد لزمته او حطت هي صح ونصف الزيادة المتصلة بعد
قبض المسمى واسقطها تزوجها بمهر ثم زاد في المهر شيئا او حطت هي من المهر
صحت الزيادة وصح الحط اما الزيادة فلما مر في زيادة الثمن في كتاب البيع واما الحط
فلان المهر حقها في هذه الحالة اعني حالة البقاء فلها الحط منه فلو طلقها قبل الدخول
وقد كانت قبضت المهر المسمى قال محمد تنصف هذه الزيادة الحادثة بعد القبض
كما تنصف المسمى وقالا لا تسقط الزيادة وانما لم يصرح بالطلاق قبل الدخول لدلالة ما
سبق من المسائل على ذلك له ان الزيادة قائمة بالاصل وتابعة له فتنصف بتنصيفه
كما لو حدثت قبل قبض الاصل ولهما ان مقتضى الطلاق قبل الدخول تنصيف المسمى
في العقد وهذه الزيادة لم تكن مفروضة فيه حقيقة ولا حكما فلم تتنصف
وتنصيف الاصل بدون هذه الزيادة المتصلة به غير ممكن فوجب عليها رد نصف
قيمة الاصل يوم القبض بخلاف ما لو حدثت قبل القبض لانها تابعة بالعقد حكما
لان القبض حكم العقد شبيها بالعقد الا ترى انه لا يجوز تفريق الصفقة فيه كما لا يجوز
في العقد والعيب الحادث قبل التسليم كالحادث وقت العقد فكانت الزيادة
قبل القبض كهي قبل العقد فتكون مفروضة حكما فتتنصف قال ——— ولو امهرها
عبدا فقبضته ثم طلقها فاعتقته قبل رد النصف بحكم او تراض لغا اعتاقه او هي نفذ اعتاقه
في كل منه رجل تزوج امراة على هذا العبد فقبضته ثم طلقها قبل الدخول ولم
يذكر في المتن هذا القيد لدلالة ما سبق من المسائل ولقوله فاعتقته قبل رد النصف
فانه قرينة دالة على ان الطلاق قبل الدخول فان اعتقته هي قبل ان ترد نصفه على
الزوج بحكم القاضي او بتراضيهما نفذ اعتاقها فيها في كله عندنا ولو اعتقه الزوج
قبل رد النصف لا ينفذ في شيء منه وقال زفر ينفذ اعتاقها واعتاقه في نصف العبد
له ان التنصيف ثبت بنفس الطلاق قبل الدخول ويعود النصف الى ملك الزوج
كما لو كان قبل القبض فينفذ في النصف لان عود النصف اليه بالطلاق لقيام شبهة
الفسخ من الاصل وكان العائد اليه قديم ملكه في النصف فصار كالمشتري شراها
ولنا ان ملكها في نصفه متاكد بالطلاق قبل الدخول ويفسد في النصف لاستحقاق ف
الزوج عليها رد نصفه لكن لا يبطل ملكها في شيء منه الا بالرد بالقضاء او بالتراضي
لقيام المقتضي للملك الكافي لملكه الاعتاق ولان فساد الملك بفساد السبب في الابتداء
لا يمنع ثبوت هذا الملك في البيع الفاسد بالقبض فلان لا يمنع بقاء الملك مع صحة السبب

في الابتداء اولى واذا انتفى الملك بمكنته من الاعتاق فلا يعود منه شيء الى الزوج لاستحالة
ذلك ولو قضى له بالنصف بعد ما اعتقه لا ينفذ ذلك الاعتاق ايضا لانه زمان عدم الملك
بمنزلة عبد بيع بيعا فاسدا وقبضه المشتري فاعتقه البائع ثم رده المشتري عليه لا ينفذ
اعتاقه قال ـــــ ولو رهن عندها ما يساوي المهر ثم طلقها قبل الدخول فهلك
جعلناه بنصفه لا بكله اذا رهن الزوج عبدا لزوجته بما يساوي قيمته صداقها ثم طلقها
قبل الدخول ثم هلك الرهن فانه يهلك بنصف المهر الذي هو حقها عندنا فلا يجب عليها
رد شيء وقال زفر هو هالك بكل الصداق يجب عليها رد نصفه لان يد الاستيفاء بالهلاك
فصارت مستوفية صداقها كما لو استوفته حقيقة يجب رد النصف ولنا ان الاستيفاء
عند الهلاك انما يكون في الدين الذي يشتغل به الرهن عند الهلاك وههنا نصف
المهر قد سقط بالطلاق قبل الدخول فبقي الرهن على نصف المهر الذي هو حقها فتصير
مستوفية عند الهلاك ما هو حقها وهو النصف فلا ترد شيئا بخلاف ما لو تقدم الهلاك
على الطلاق لسبق الاستيفاء الكل بالهلاك فيجب بالطلاق رد النصف ضرورة
قال ـــــ ولو رهن بمهر المثل ثم طلقها قبله بطله وجعلاه رهنا بالمتعة
رجل تزوج امراة ولم يسم لها مهرا فوجب مهر المثل فرهن الزوج به شيئا وقبضته
ثم طلقها قبل الدخول بها فوجبت المتعة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون
رهن الصداق رهنا بالمتعة وقال ابو يوسف لا يكون رهنا بها لان الدين الذي
رهن به وهو مهر المثل قد سقط بالطلاق قبل الدخول فبطل الرهن والمتعة دين
وجب الآن فلا يصير ذلك الرهن مشغولا به كالدين الحادث بعد قضاء الدين السابق
ولهما ان المتعة في هذا العقد بمنزلة نصف الصداق في المفروض والرهن بالمسمى
يكون رهنا بنصفه اذا طلقها قبل الدخول فكذا ما قام مقامه فيكون الرهن
بمهر المثل رهنا بما يقوم مقام نصفه كالرهن بالمسلم فيه يكون رهنا براس مال
السلم لو انفسخ السلم وكالرهن بالمغصوب القائم يكون رهنا بقيمته لو هلك في
يد الغاصب قال ـــــ ولو امهرها الفا فقبضت النصف ثم وهبته النصف
ثم طلقها قبله فرجوعه بنصف ما قبضت باطل رجل تزوج امراة على الف فقبضت
خمسمائة ثم وهبته خمسمائة ثم طلقها قبل الدخول قال ابو حنيفة لا يرجع عليها بشيء
وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت لان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد فكان العقد
ورد على خمسمائة فيتنصف بالطلاق قبل الدخول وله ان مقصود الزوج حصل بسلامة

النصف له بغير عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط وان صح لكنه بمنزلة
الابراء لا يلتحق باصل العقد كما ان الزيادة يلزم الزوج ولا يلتحق باصل العقد لانها
لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول وهذا بخلاف البيع فان الزيادة والحط فيه يلتحقان
باصل العقد لان عقد البيع اثبات الملك يحتمل الفسخ بالاقالة فكانهما فسخا العقد
الاول وجددا العقد بعدها بالاقل او بالاكثر اما النكاح من باب الاسقاط فلا يقبل
الفسخ بالاقالة فلا يلتحق باصل العقد وهذه في المنظومة مذكورة في الطلاق وهي بهذا
الموضع اليق قال ـــــ ولو كان دينا فوهبته قبل القبض وعينا فوهبته منه بطلقها
معناه من الرجوع بالنصف رجل تزوج امراة على الف درهم او دينار فوهبتها منه
قبل قبضها او تزوجها على عرض او حيوان معين فوهبته له قبل القبض او بعده ثم طلقها
قبل الدخول لا يرجع الزوج عليها بشيء استحسانا وقال زفر وهو القياس يرجع عليها بنصف
قيمة ذلك الحيوان او العرض ان كان تزوجها عليه او بمثل نصف الدراهم او الدنانير
لانه سلم المهر له بالابراء فلا يبرأ هو عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهذا لان
الاستحقاق يعتمد قبض المراة وهي بالابراء قابضة حكما لانه تصرف في الدين بالاتلاف فصار
كما اذا اشترى عبدا فاعتقه قبل القبض والاتلاف الشرعي كالحسي فكان الابراء استهلاكا
للقبض كالعتق ثم اختلاف الاسباب يتنزل منزلة اختلاف الاعيان الا ترى ان المتصدق
عليه لا يجوز له اباحة عين الصدقة للغني وله تمليكه منه ولنا انه حصل للزوج
مقصوده وهو براءة ذمته عن نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول فلا يبالي باختلاف
السبب بعد حصول المطلوب لان السبب لا يراد لعينه وانما يراد لمقصوده فاذا
حصل فلا عبرة باختلاف السبب ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى عبدا بالف ثم
حط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقصه عشر الثمن حيث يرجع بنقصان العيب
وان كان قد حصل بالحط لان موجب الرد بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل
بالحط لانه خرج من ان يكون ثمنا والعقد انعقد على ما وراءه وهذه ايضا اليق
بهذا الموضع من الطلاق قال ـــــ ولو سمى خمرا او خنزيرا صح النكاح ووجب مهر
المثل اما صحة النكاح فلان اشتراط قبول الخمر والخنزير في العقد شرط فاسد فيصح
النكاح ويلغو الشرط فان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط
الفاسد فيه يتضمن معنى اسقاط حرمة البضع في حق الزوج وانما هو ملك ضروري
ثبت شرعا يشرعه الطلاق والاسقاطات لا تبطل بالشروط الفاسدة واما

وجوب مهر المثل لبطلان التسمية لان المسمى ليس بمال في حق المسلمين فوجب مهر المثل لما مر ان العقد لا يجوز اخلاؤه عن المال لان المستباح به مضمون بالمال قال ـــــ او بهذا العبد او الخل فكان حرا او خمرا فلها مهر المثل ويحكم بقيمته الحر لو كان عبدا او بمثل الخمر خلا ووافق الاول في الاولى والثاني في الثانية رجل يزوج امراة على هذا العبد فكان حرا او على هذا الخل فكان خمرا قال ابو حنيفة رحمه الله مهر المثل فيهما وقال ابو يوسف يجب قيمة الحر لو كان عبدا ويجب مثل الخمر خلا وقال محمد يجب مهر المثل في المسئلة الاولى والمثل في المسئلة الثانية اما ابو يوسف فانه يقول اطمعها فيما هو مال وقد عجز عن تسليمه فيجب القيمة فيما لا مثل له والمثل فيما له مثل كما لو تزوجها على عبد فهلك قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فكان اعتبار الاشارة اولى لكونها ابلغ في التعريف فكانه تزوجها على حر وخمر فيجب مهر المثل وانما كانت الاشارة ابلغ لان التعريف مبني على قطع المشاركة فمهما كان اقطع ابلغ كان التعريف به ابلغ ضرورة وبالاشارة يقطع شركة غير المشار اليه مطلقا سواء كان من جنسه او خلاف جنسه وبالتسمية يقطع شركة غير المسمى اذا كان من خلاف جنسه ولا يقطع الموافق في الجنس فكانت الاشارة ابلغ ومحمد رحمه الله يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه تعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه بالذات وان خالفه في الوصف فالوصف تابع للذات فاعتبار الذات اولى بامكان الجمع وان كان المسمى من خلاف جنس المشار اليه تعلق العقد بالمسمى لعدم امكان الجمع لان المسمى مثل وليس بتابع واذا تعذر الجمع وجب الترجيح والتسمية اولى لانها ابلغ في التعريف من حيث ان التسمية تعرف الماهية والمعنى والاشارة تعرف الصورة والعين دون المعنى والمقصود من الاعيان معانيها فكان ما هو ادل على المقصود اولى بالاعتبار الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فكان زجاجا لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس ولو اشتراه على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد البيع لاتحاد الجنس فعلى هذا العبد والحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع فوجب مهر المثل اعتبارا للاشارة والخمر والخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فوجب المثل رعاية للتسمية قال ـــــ او على هذين العبدين فكان احدهما حرا فالعبد هو المهر ان ساوى عشرة دراهم ويوجب معه قيمة الحر عبدا وحكما بالعبد فان نقص عن مهر المثل تمم رجل يزوج امراة على هذين العبدين فاذا احدهما حر قال ابو حنيفة رحمه الله العبد الباقي هو المهر وليس لها غيره الا ان ينقص عن عشرة دراهم فلها تمام العشرة وهذا الشرط من الزوائد وقال ابو يوسف رحمه الله يجب العبد وقيمة الحر لو كان عبدا

وقال محمد رحمه الله يجب العبد ان ساوى مهر المثل فان نقص عن مهر المثل فلها العبد وتمام مهر المثل لانهما لو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب هو وتمام مهر المثل ولابي يوسف انه اطمعها في مال وعجز عن تسليمه فوجبت قيمته ولابي حنيفة ان العقد تعلق بالاشارة كانه قال تزوجتك على هذا الحر وعلى هذا العبد فيجب العبد ووجوب المسمى وان قل يمنع المصير الى مهر المثل قال ـــــ او على هذا الخمر او الميتة فكان خلا او ذكية فلها مهر المثل في رواية والمشار اليه في الاصح كما يجيء به وافتى بالمذكاة ومهر المثل في الخمر رجل يزوج امراة على هذا الدن من الخمر فكان خلا او على هذه الميتة فكانت مذكاة روى محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله ان الواجب فيهما مهر المثل لكونه صرح بتسمية ما ليس بمال فكان كالسكوت عن تسمية المهر فيجب مهر المثل وروى ابو يوسف عنه وهو قوله ان المشار اليه فيهما هو المهر بناء على مذهبه في ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا اعتبرت الاشارة وهذه الرواية هي الصحيحة لانها توافق اصل مذهبه وهذا القيد من الزوائد واما ابو يوسف وان خالف اصله في هذا الا انه يقول اذا اجتمعت الاشارة والتسمية رجح منهما ما يترتب عليه الصحة لان الفاسد لا يعارض الصحيح فكيف يترجح عليه ومحمد يقول يجب الذكية المشار اليها لان المسمى من جنس المشار اليه لعدم التفاوت بينهما الا في الحل والحرمة ووجب مهر المثل في الخمر لفحش التفاوت بين الخل والخمر فكانا جنسين فاعتبرت التسمية وقد فسدت فوجب مهر المثل قال ـــــ او على هذه الثياب العشرة فكانت تسعة فلها المهر وحكم بها ان نقصت عن مهر المثل تمم رجل تزوج امراة على هذه الثياب العشرة فكانت تسعة قال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء لها غير الثياب التسعة وقال محمد رحمه الله لها هذه التسعة ان زادت على مهر المثل او ساوته وان نقصت عنه فعليه التسعة وتمام مهر المثل لانه احتمل رضاها في التسمية لظهور المسمى اقل فيجب مهر المثل الا انهما تراضيا على هذه الثياب كل المهر او بعضه فيجب وعلى الزوج ان يتمم لها ما يبلغ مع قيمة هذه الاثواب مهر المثل ولابي حنيفة انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية فالاشارة اولى بالاعتبار لما قررناه ووجوب المسمى يمنع ايجاب مهر المثل قال ـــــ او على ثوب موصوف في الذمة فاتى بقيمته فاجبرناها على القبول وحكمنا انه اصل وعدم الاجبار مروي وهو الاصح رجل تزوج امراة على ثوب فان لم يصفه واتى بالقيمة او بعينه اجبرت على القبول كالعبد المطلق لان الثوب اذا لم يكن موصوفا لم يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا وصحة هذه التسمية باعتبار المالية والعين والقيمة في المالية سواء وان وصف

الثوب وإتيانها بالقيمة أجبرت على القبول عندنا وقال زفر لا يجبر كما لو تزوجها على
ثوب بعينه فأتى بالقيمة فإنها لا تجبر وذكر شمس الأئمة رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله
أنه إن ذكر الأجل أجبر على تسليمه لأن الثوب لا يكون دينًا في الذمة إلا مؤجلًا ألا ترى
أن الثياب يمتنع استقراضها ويصح السلم فيها لوجوب كون القرض حالًا والسلم مؤجلًا وزفر
يقول الثوب بالوصف يثبت في الذمة ولهذا صح السلم فيه والأجل من حكم السلم لا أن
ثبوته دينًا في الذمة فاستوى ذكر الأجل ههنا وعدمه ولأبي يوسف أن الحب
فإنه لو باع عبدًا بثياب موصوفة في الذمة لم يجز إلا مؤجلًا وإن لم يكن سلمًا فكان
الأجل شرطًا ولنا أنه وإن ثبت في الذمة دون الحيوان لأنها تستحقه بدلًا
عما ليس بمال والحيوان يثبت في الذمة بدلًا عما ليس بمال فإنه يجب في الذمة مائة من الإبل
في الدية وفي الجنين غرة عبد أو أمة فإذا جاز فيه جاز في الثوب لأنه مال يلزمه ابتداء والجهالة
لا تمنع صحة الالتزام فإنه يصار فيه إلى الوسط عند الإطلاق لأنه أعدل ثم لما أجبرت
على قيمة الحيوان المهور لكون الحيوان ثابتًا في الذمة بدلًا عما ليس بمال يجبر على قيمة
الثوب الموصوف قياسًا عليه ووجه الرواية الصحيحة أن الثوب يثبت في الذمة
ثبوتًا مستقرًا كما في السلم بخلاف الحيوان لأنه لا يجب في الذمة بالسلم فلا يستقر
ثبوته وهذه الرواية قول أبي يوسف والتنصيص على الصحة من الزوائد قال
أو على عبد أو فرس مبهم توجب الوسط أو قيمته لا مهر المثل رجل يتزوج امرأة على
عبد مبهم أو فرس مبهم صحت التسمية عندنا والواجب هو الوسط مما سمي أو قيمة
الوسط فأيهما أحضر يجبر على القبول وقال الشافعي لا تصح التسمية والواجب مهر المثل
لأن النكاح عقد معاوضة فيجعل الحيوان فيه بدلًا كجعله في البيع والمقصود بالمسمى
معرفة ماليته ومجرد ذكر الحيوان مبهمًا غير موصوف لا تعرف المالية فلا تصح المعاوضة
ولنا أن المرأة تستحقه عوضًا عما ليس بمال والحيوان يثبت دينًا في الذمة في مبادلة
ما ليس بمال كالدية والغرة فإذا جاز إيجاب الحيوان دينًا في الذمة عوضًا عما ليس
بمال فلذلك ثبت شرطًا والجهالة غير مانعة كما في الإقرار والجامع التزام المال ابتداء
وإعلام الجنس يعلم الوسط فترتفع الجهالة لأن الوسط ذو حظ من جانبي الجيد والرديء
من الجنس وفيه معنى آخر وهو أنه يشبه الإقرار من حيث إنه ليس في مقابلة مال
فكان التزامًا للمال ابتداء ويشبه البيع من حيث إن في مقابلته عوضًا والإقرار يتحمل
فيه الجهالة اليسيرة والفاحشة والبيع لا يتحمل فيه الجهالة مطلقًا فحملنا الجهالة

اليسيرة دون الفاحشة عملًا بالشبهين بخلاف ما لو لم يذكر الجنس لأنه لا يتبين
الوسط لاختلاف معاني الجنس أقوى وقد ذكر صاحب المنظومة ههنا مسألة
وهي أنه إذا تزوجها على خادم سوداء فالواجب أربعون دينارًا أو قيمتها عند أبي حنيفة
وفي البيضاء خمسون أو قيمتها وقالا يجب الوسط أو قيمة الوسط يختلف ذلك بالرخص
والغلاء وتركتها من الكتاب لأن الصحيح أن ذلك الاختلاف ليس في الحكم إنما هو اختلاف
زمان فقد كان الوسط يقوم في زمن أبي حنيفة بما عينه ونص عليه باعتبار الزمان
لا باعتبار أن ذلك تعيين واجب دائمًا والصحيح أن الوسط وقيمته هو الواجب
مطلقًا يعتبر ذلك بالرخص والغلاء في الأزمنة لأنه هو الأعدل فكانت هذه المسألة
مندرجة فيما قبلها فلم يحتج إلى ذكرها قال أو ثوب وجب مهر المثل لأن ذلك
جنس مجهول فلو ذكر جنسه فقال هروي صحت التسمية وخير الزوج لما بينا
قال أو على عبد فاكتسب اكتسابًا قبل القبض فطلقها قبل الدخول فالاكتساب
لها ونصفها مع العبد إذا تزوج امرأة على عبد معين فاكتسب ذلك العبد اكتسابًا
قبل القبض وهذا القيد من الزوائد ثم طلقها قبل الدخول بها يرد نصف العبد إلى
الزوج والأكساب ملك لها عند أبي حنيفة وقالا يرد عليه نصف الاكتساب أيضًا
لأنها تبع للأصل فإنها تملك بملكه فتتنصف بتنصفه كالولد الحادث قبل القبض من
الجارية الممهورة وله أنها حادثة على ملكها فتخلص لها لأنها ليست بمهر حقيقة
لعدم العقد عليها ولا حكمًا لأنها ليست بجزء من المعقود عليه فلا تتنصف بتنصفه
كالأكساب الحادثة بعد القبض بخلاف الولد لأنه جزء كان من المهر حكمًا قال
أو على دار على أن يدفع إليه ألفًا فما أصاب منها مهر المثل كان مهرًا والألف كان
مبيعًا والشفعة لا تثبت فيها رجل يتزوج امرأة على دار أن ترد المرأة إليه ألف درهم
قسمت الدار على مهر مثلها وعلى الألف فما أصاب مهر مثلها كان مهرًا وما أصاب
الألف كان مبيعًا حتى لو كان مهر مثلها مساويًا للألف قسمت الدار نصفين نصف
مهر ونصف مبيع وإن كان مهر مثلها خمسمائة بنسبتها إلى الألف الثلث كان ثلث الدار
مهرًا وثلثاها مبيعًا أو الثلثين كان ثلثا الدار مهرًا وثلثها مبيعًا ولا شفعة في شيء منها
عند أبي حنيفة وقالا الشفعة ثابتة في المبيع منها لأن الموجود منهما مشتمل على البيع والنكاح
فاعتبر كل منهما وله أن الموجود منهما إما أن كان عقد بيع دخل أحدهما في الآخر
أو بيع مشروط بنكاح أو نكاح مشروط ببيع لا سبيل إلى الأول للنهي عن صفقة في صفقة

في أجناس الناطفي
مطلقة رجل مهرها
تزوجها لا يسقط
تزوجها أو لم يتزوج
العوض من النكاح طلب
ولو تزوجها فالنكاح
ولها مهرها

ولا الى الثاني لفساد البيع فتعين الثالث والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تثبت
الشفعة فيه لان البدل ليس بمال ولا بما هو شرط فيه لانه تابع وههنا في باب الشافعي
مسئلة وهي انه اذا جعل الدار مهرا تثبت فيها الشفعة عنده وعندنا لا تثبت وقد
ذكرناها في الشفعة قال او على الف ان اقام بها والفين ان اخرجها فالاول
هو الصحيح واجازاهما رجل تزوج امراة على الفين ان اخرجها من البلد وعلى الف
ان اقام بها فاول الشرطين صحيح دون الثاني عند ابي حنيفة وقالا الشرطان
والفائدة انه اذا وجد الاول تعين ما قابله وان وجد الثاني فلها مهر المثل عنده
وعندهما المسمى وهذا الاختلاف نوع اختلاف في الاجارة ان خطته اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم لهما الاعتبار بالاجارة ان خطته خياطة رومية فبدرهم همين
او تركية فبدرهمين بانهما عقدان ذكر الكل منهما بدل على حدة وخير فوجب
ان يثبت على التخيير وله ان الشرط الاول لا تعارض فيه ولا خطر فانه لو اقتصر
عليه صح والشرط الثاني فيه تعليق وخطر فصح الاول دون الثاني والفرق بين
المختلف والمتفق عليه في الاجارة اوضحناه ثمه قال او على اقل من مهر
المثل على ان يطلق ضرتها فان وفى والا فمهر المثل تكميله رجل تزوج امراة على
الف درهم ومهر مثلها الفان على ان يطلق امراته الاخرى فان وفى بالشرط فلها
المسمى وان مضت ايام ولم يطلقها وجب ان يكمل لها مهر مثلها عندنا وقال
زفر لا شيء لها غير المسمى لان طلاق الضرة لا يصلح مهرا فكان شرطا فاسدا فلا يبطل
به النكاح والتسمية لمنع المصير الى مهر المثل ولنا انها لم ترض بما دون مهر مثلها
الا بشرط مرغوب فيه وهو خلوص الفراش او لتسلم لها فاذا لم يحصل فات رضاها
فيجب اتمامه قال او على الف او الفين او هذا العبد او ذاك فالمهر ما شابه
مهر المثل والا فهو الاقل رجل تزوج امراة على الف درهم او الفين او على هذا العبد
او ذاك العبد بحرف الشك قال ابو حنيفة رحمه الله الواجب ما شابه مهر المثل حتى اذا
كان مهر مثلها مثل الاعلى او فوقه فلها الاعلى الا ان ترضى بالادنى وان كان مهر مثلها
مساوى الادنى او اقل فلها الادنى الا ان يرضى الزوج بتسليم الاعلى وان كان بينهما
فالواجب مهر المثل وقالا الادنى هو المهر وله الخيار في دفع الاعلى اليها لان الاقل
متيقن به وهو مسمى فيمنع المصير الى مهر المثل ولهذا لو طلقها قبل الدخول يجب نصف

الا ان فرق بينها لانه لو تزوجها
على ان يكرمها او يهدي
[لها هد]ية فان لم يف بالشرط
[فلها مه]ر مثلها اتفاقا

[...]ن صورة المسئلة
[...]ر مع المسمى تطليق
[...] صور الخلاف ان الو
على الف وعلى طلاق فلانة
ان على الضرة بنفس
العقود

الاقل وله انه ادخل حرف الشك وانه لا عدل الشيئين ولا لرضاها ولا ينقص
عن الاقل لرضاه قال او على تعليم القرآن او خدمتها سنة وهو حر لا
يوجبهما بل هو مهر المثل وحكم بقيمتها حر تزوج امراة على ان يخدمها سنة او يعلمها
القرآن لم تصح التسمية وقال الشافعي صحت ووجب لها عليه الخدمة سنة
والتعليم بناء على ان كل ما صح اخذ العوض عنه بالشرط كالاجارة صح مهرا
لتحقق المعاوضة بذلك وصار كما لو تزوجها على خدمة حر اخر او على رعي غنمها او تزوجها
عبد باذن مولاه على ان يخدمها سنة ثم اختلف اصحابنا فقال محمد رحمه الله يجب
عليه قيمة الخدمة سنة لانه سمى لها ما لا متقوما الا ترى ان المنافع متقومة في العقود
حكما الا انه عجز عن تسليمه شرعا لما في الخدمة من قلب موضوع الزوجية
فان الزوج مالك لها وهو قوام عليها وفي استخدامه اياها بالخدمة نقض لذلك فوجبت
القيمة لقيامها مقامها كما لو تزوجها على عبد الغير لعدم صحة التسمية وقال
ابو حنيفة وابو يوسف في رواية الواجب مهر المثل بناء على ان المهر يجب ان يكون
مالا والتعليم ليس بمال وكذا المنافع عندنا لانها اعراض والمال جوهر فلم يكن
ع متقومة حقيقة الا ان الشرع جعلها كذلك للتقويم بالعقد عند اطلاق الاشياء
واستحقاق التسليم فاذا منع من ذلك عادت الى الحقيقة وعند فساد التسمية
صارا الى مهر المثل كما لو تزوجها على خمر بخلاف عبد الغير لانه مال متقوم في
ذاته تعاطت عند العجز عن تسليمه مقامه وههنا لا قيمة للخدمة اصلا وبخلاف
خدمة حر اخر برضاه لعدم العلة المانعة من الخدمة منه فيجب لها خدمته ويرجع
هو على الزوج بالقيمة وبخلاف رعي الغنم فانه عرف مهرا بالنص مع الامن فيه عن نقض
الموضوع اذ الذل في الاستخدام لا في رعاية الزوج مصالح الزوجة على انه ممنوع
من ذلك في رواية وبخلاف العبد لانه يخدم المولى في خدمتها باذنه معنى قال
ولو اعتقها على ان تزوجه بجعله صداقها وابت فبمهر المثل رجل اعتق امته
على ان يتزوجها فقبلت فعتقت فتزوجها ولم يسم مهرا فلها مهر المثل عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عتقها صداقها لا غير لانها
لو ابت نكاحه وجب عليها قيمة نفسها فاذا تزوجته سلم لها قيمتها فكان بدلا
عن بضعها ولهما ان جعل قيمتها مهرا لها لا يمكن لانه ان جعل قبل العتق فهي
امته وليس له تزوجها فيستحيل كون قيمتها مهرا لها بدون امكان تزوجها

وان جعل مهرًا لعدا لعتق فهي حرة وزوجته الحرة لا تصلح مهرًا وانما وجب عليها القيمة عند الاباء لفوات الشرط المرغوب فيه للمالك ومقتضاه نقض العتق حقيقة لكنه غير ممكن فينقض معنًى بالزام القيمة لقيامها مقام العين عند وجوب التسليم وتعذره وههنا وفت بالشرط فتم العتق والنكاح لم يشرع الا بالمال فوجب مهر المثل قال ولو ابت التزوج فعليها قيمتها اذا اعتقها على ان تتزوجه ففعلت فعتقت ثم ابت ان تتزوجه فعليها ان تسعى في قيمتها للمولى في حالة اشتغالها به حرة بالاجماع وقال زفر لا سعاية عليها لان المولى ما اعتقها لتحصيل مال ولا هي قبلت لالتزام المال لان النكاح ليس بمال فايجاب المال عليها ايجاب ما لم يلتزمه هي ولم يشترطه هو فلا وجه له ولنا انه لم يرض باخراجها عن ملكه الا لتحصيل وصف مرغوب فيه فاذا فات وجب نقض العتق لكنه بعد وقوعه لا يقبل حقيقة فوجب نقضه معنى بايجاب السعاية تداركا لما فات بقدر الامكان وهذه من الزوائد قال ولو ضمن الاب المهر عن ابنه الصغير ثم مات فاخذته من تركته اجرنا للباقين في الرجوع في نصيبه رجل زوج ابنه الصغير امراة وضمن لها عنه الصداق من التركة فان الورثة يرجعون بما ادوه اليها في نصيب الابن وقال زفر لا يرجعون كما لا يرجع الاب لو ادى بنفسه ولم يشهد على ان الدفع للرجوع ولنا ان هذا الضمان كفالة بامر الاصيل حكمًا لثبوت الولاية فيستحق الرجوع عند الادا بنفسه او لمن يقوم مقامه والورثة قائمون مقامه في الادا فيرجعون في مال الصبي بخلاف ما اذا ادى الاب لاحتمال انه اداه تبرعًا جريًا على العادة فلا يرجع للشك بخلاف ما لو اشهد فان دلالة العادة بطلت بالتصريح بالرجوع قال ولم يوجبوه عليه لعقد ولده الصغير وقال مالك يجب عليه لانه ضامن له بطريق الدلالة فان قبوله المهر عنه ولا مال له دليل على ضمانه وعندنا لا يجب عليه شي لان المهر انما يجب على من يثبت له الملك ولا يطالب به الا الزوج او من يكفل عنه والاب ليس بزوج ولا كفيل صريحًا وما وجد منه ليس الا تولي العقد بحكم الشرع فهو ولاية وهو دليل ادا المهر من مال الصبي اذ يحصل له مال قبل البلوغ او يوديه بنفسه بعد البلوغ ولا يدل على التزام الاب المال من نفسه قال او الولي صح وتخير في المطالبة اذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فصح والمراد بالخيار ان شاءت طالبت زوجها وان شاءت وليها اعتبارًا بسائر الكفالات قال ويعتبر مهر المثل بقومها

وعلانية رجل تزوج امراة بحضرة شاهدين سرًا على الف درهم ثم تزوجها علانية على الفين فان كان اشهد على ان ذلك للسمعة لزمه مهر السر اجماعًا وان لم يشهد فعند ابي حنيفة ومحمد المهر الفان وقال ابو يوسف رحمهم الله المهر الف لانه ملك بضعها بالف فلا يتصور تملكه بمال اخر بعده ولهما ان التصادق على الالفين حصل في ضمن العقد الثاني وهو حجة عليهما فيعمل به قال بعض اصحابنا وقد صح بهذا الخلاف ان الصحيح عدم وجوب المالين فيما اذا تزوجها بالف ثم تزوجها بالف لما يرى عن الامام من وجوب المالين فان هذا الاختلاف دال على انعقاد الاجماع ان المالين لا يجب فان ابا يوسف يقول بوجوب مهر السر لا غير وهما بمهر الجهر لا غير فكانهم صرحوا بعدم وجوب المالين قال ولو ابان مدخولا بها ثم تزوجها في العدة ثم ابانها قبل الدخول حكم بنصف المهر واتمام العدة وهما بكماله واستيفائها رجل طلق امراته طلاقا بائنا ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة وابو يوسف عليها عدة مستقبلة ولها كمال المهر المسمى وقال محمد انما عليها اتمام العدة الاولى ولها نصف المهر لانها مطلقة قبل الدخول بها فليس لها الا نصف المفروض وتمام تلك العدة لانها من موجب الطلاق الاول لكن قيام النكاح الثاني كان مانعا من ظهوره فاذا زال ظهر ولهما انها في النكاح الثاني مقبوضة في يده بالوطء الاول مع بقاء اثره لقيام وهو العدة فناب مناب القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده فانه ينوب عن القبض المستحق بالبيع واذا ناب منابه جعل واطيًا حكمًا فكان طلاقا بعد الوطء وموجبه ما ذكرنا قال ولو ازال العذرة بدفع وطلقها قبله فعليه نصفه واوفى بكله اذا دفع منكوحته البكر قبل الدخول بها فازال العذرة بدفعه ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة رحمه الله عليه نصف المهر وقال محمد المهر كله لان فعله ذلك بمنزلة الوطء وله انه طلق قبل الدخول والخلوة فوجب نصف المفروض بالنص وقول ابي يوسف كقول محمد في رواية محمد وكقول الامام في رواية الحسن قال ولو نكح ثلاثا في عقد فدخل بواحدة وطلق احداهن ثلاثا والاخرى واحدة ومات مجهلا فللمدخول بها مهر ويحكم للتين بمهر وربع منها لا بمهر وثلث ووافق في رواية رجل تزوج ثلاث نسوة في عقد واحد ودخل بواحدة منهن لا غير ثم طلق احداهن ثلاثا وطلق اخرى واحدة ومات قبل البيان فللمدخول بها مهر كامل اجماعًا وللتين لم يدخل بهما مهر

وربع عند ابي يوسف تقسم بينهما نصفين وعند محمد في رواية كتاب النكاح لها مهر
وثلث بينهما وفي رواية الزيادات كقول ابي يوسف وجه قول محمد ان كمال المهر
بسبب الدخول حكم يختص بالمدخول بها لكون الحكم تابعا للعلة ولا علة مختصة
بها فلا يؤثر في غيرها زيادة ولا نقصانا فصارت في حق غيرها كغير المدخول بها
فكانه مات عن ثلث غير مدخول بهن وقد طلق بينتين فسقط مهر بالطلاق قبل الدخول
وبقي لهما مهران فيقسم بينهن فيصيب كل واحد منهن ثلثا مهرا لان مهر المدخول
بها تقرر بالدخول فبقي في غيرها على حاله وهو مهر وثلث ولابي يوسف ان احد الطلاق تقرر
واقع على احداهما بكل حال والاخرى تقع في حال فان وقع سقط نصف مهر اخرى
بالطلاق قبل الدخول وان لم يقع يكمل مهرها بالموت فوقع الشك في النصف الزائد
وهو ربع الكل فيسقط من مهرهن مرة نصف مهر ومرة ربع مهر فبقي لهما مهر وربع
بينهما نصفين قال ____ او واحدة وبنتين ثلثا في عقد ومات مجهلا قبل
الدخول فتمت التركة اربعة وعشرين فما خذ الواحدة سبعة والباقي مقسوم على
الفريقين نصفين فقالا للبنتين ثمانية وللثلث تسعة رجل يزوج امراة في عقدة
وامراتين في عقدة اخرى وثلث نسوة في عقدة اخرى ولا يدري كيف تزوجهن
ولم يدخل بواحدة منهن ومات قبل البيان فتركة النساء مقسومة من اربعة وعشرين
سهما للواحدة سبعة اسهم بالاجماع لان نكاحها صحيح سواء تقدم او تاخر
ونكاح احدى الفريقين صحيح وهو المتقدم منهما فان تقدمت الثنتان كان للواحدة
الثلث وان تقدمت الثلث كان لها الربع ست الربع لانه متيقن به والزايد مشكوك
فيه فيتنصف فضربنا مخرج الثلث في مخرج الربع ثلثه في اربعة فحصل اثنا عشر فكان
لها الثلث اربع مع البنتين والربع ثلثة مع الثلثة فوقع الشك في سهم فيتنصف فضربنا اثنى
عشر في مخرج النصف اثنين فكان اربعة وعشرين فللواحدة ثمانية مع البنتين وستة مع
الثلث فوقع الشك في سهمين فيثبت لها سبعة والباقي عند ابي حنيفة وهو سبعة
عشر بين الفريقين نصفان فانكسر الحساب فضربنا اربعة وعشرين في اثنين فحصل ثمانية
واربعين للواحدة اربعة عشر ولكل من الفريقين سبعة عشر ولا يستقيم على الفريقين
ولا موافقة بين البنتين والثلث فضربنا الثلث في البنتين فكانت ستة فضربنا ها في ثمانية
واربعين فحصل مائتان وثمانية وثمانون للواحدة اربعة وثمانون ولكل من الفريقين
مائة واثنان لكل من البنتين احد وخمسون ولكل من الثلث اربعة وثلثون ولحجة

في ذلك استوا الفريقين في الاستحقاق لان كل واحد منهما يستحق في حال دون حال فاستويا
الثاني نصفين كما لو لم يكن معهما واحدة وقال ابو يوسف ومحمد للبنتين ثمانية اسهم
من اربعة وعشرين لكل منهما اربعة وللثلث تسعة لكل واحدة ثلثة وللواحدة سبعة
والجواب مخرج والتخريج مختلف فابو يوسف يعتبر المنازعة فيقول البنتان لا تنازعان
في السهم السابع عشر لان حقهما في ستة عشر فيسلم ذلك السهم للثلث لانهن تنازعن
فيه حيث يطلبن ثلثة ارباع ميراث النساء ثمانية عشر فبقي ستة عشر وقد استوت منازعة
الفريقين فيها فيقسم بينهما فحصل للثلث تسعة لكل واحدة ثلثة وللبنتين ثمانية لكل
منهما اربع وللواحدة سبعة ومحمد يعتبر الاحوال فيقول للبنتين ستة عشر ان تقدم
نكاحهما ولا شي لهما ان تاخر فصار لهما ثمانية واما الثلث فلهن ثمانية عشر ان تقدم
نكاحهن على البنتين ولا شي ان تاخر فصار لهن تسعة قال ____ او امراة وابنتها
في عقد ومات مجهلا قبل الدخول فللام نصف المهر والميراث وللبنتين النصف
وقسمتها بينهن اثلاثا رجل يزوج امراة واستها في عقد متفرقة ولا يدري
الاول منهن ومات مجهلا قبل الدخول فميراث النساء نصفه للام ونصفه للبنتين
لكل منهما ربعه ويجب مهر واحد للام نصفه وللبنتين نصفه يقسم بينهما وقالا
المهر والميراث يقسم عليهن اثلاثا لان كل واحدة منهن يستحق في حال ولا
يستحق في حالين كما لو تزوج امراة وامها واستها ولا يدري الاولى منهن وله ان
اعتبار الاحوال انما يكون في موضع الشك دون التيقن وههنا تيقنا بطلان احدى
البنتين لان الام ان تقدمت بطلت نكاح البنتين واحدى البنتين ان تقدم نكاحها
بطل نكاح الام والاخرى فلا نعتبر الاحوال في التي تيقنا ببطلان نكاحها فكانت محرومة
بقي الام ان تقدم نكاحها كان لها المهر كله والارث وان لم يتقدم فلا شي
لها فكان لها النصف واحدى البنتين ان تقدم نكاحها كان لها المهر والارث
كاملين وان لم يتقدم لم يكن لها شي فكان لها النصف لكنها غير متعينة فلم تكن اولى
من الاخرى فانقسم ما كان لاحداهما بينهما قال ____ ويوجب المهر بالخلوة الصحيحة
بان يرتفع الموانع كمرض مانع وحيض واحرام بحج وعمرة وصوم رمضان اما وجوب
كمال المهر بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح فهو مذهبنا وقال الشافعي لا يجب
كمال المهر الا بالدخول لقوله تعالى طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم ولان المعقود عليه لا يصير مستوفى بالوطء فلا يتاكد المهر

بدونه ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض نهى
عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة لأن الإفضاء عبارة عنه ومنه الفضاء المكان
الخالي وأفضيت إليه سري خلوت به وذكرته له ولما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان
عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق
دخل بها أو لم يدخل ولما روى زرارة بن أوفى أن الخلفاء الراشدين قضوا من أرخى
سترا أو أغلق بابا فلها الصداق كاملا وعليها العدة ولأنه عقد على المنافع فيستقر
بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها
في البدل كالبيع وليس المراد من المس حقيقته إجماعا حتى لو مس بيدها في غير خلوة
ثم طلقها يجب نصف المهر فكان مجازا عن الوطء إطلاقا لاسم السبب على المسبب
عنده ونحن نحمل المس على الخلوة الصحيحة من باب إطلاق اسم المسبب الذي هو المس
على السبب الذي هو الخلوة ضرورة أن الخلوة الصحيحة سبب للمس ظاهرا وهذا الحمل
أولى لأن المجوز للإطلاق ليس إلا الملازمة ولزوم السبب للمسبب أقوى فإن المسبب
لا يوجد بدون السبب وقد يتخلف المسبب عن سببه كالملك في البيع بشرط الخيار فالسبب
لازم دائما والمسبب لازم في حال دون حال فكان الإطلاق حيث اللزوم دائما أولى
وأما تفسير الخلوة الصحيحة فأن ترتفع الموانع الشرعية والطبعية فلو كان الزوج
مريضا أو هي مريضة مرضا يمنع الجماع معه أو يلحق أحدهما به ضرر أو كان يخاف
زيادة المرض به فكل ذلك مانع فهذا مانع طبعي وكذلك الرتق والقرن وأما المانع الشرعي
فكالإحرام بالحج والعمرة وصوم رمضان لأن الجماع مع ذلك يستلزم القضاء والكفارة
في الصوم وفساد النسك ووجوب الدم مع القضاء في الحج والعمرة والحيض مانع طبعا
وشرعا وإنما أطلق في الحج وخص رمضان في الصوم فللزوم الدم في الأول مطلقا
بخلاف صوم التطوع لجواز فطره بعذر فتعلق حق الآدمي كالضيافة ولا كذلك
رمضان وأما القضاء والنذر فكالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه وقيل
في صوم التطوع روايتان والصلاة بمنزلة الصوم فرضا ونفلا والمكان الذي تصح
فيه الخلوة أن يأمنا فيه من اطلاع أحد عليهما حتى لو خلا بها في مسجد أو حمام
أو طريق أو سطح لا حجاب له فليست بخلوة صحيحة وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبي
عاقل أو مجنون أو منكوحة له أخرى أو أجنبية وفي الأمة روايتان والعدة واجبة
عليها في جميع ذلك احتياطا لأن العدة حق الشرع والولد فلا تصدق في إبطال

حق الغير بخلاف المهر فإنه مال لا يحتاط في إيجابه وقيل إن كان المانع شرعيا تجب
العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حسيا كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن
حقيقة قال والجب غير مانع قال أبو حنيفة رحمه الله إذا خلا المجبوب
بامرأته فخلوته صحيحة تجب لها كمال المهر وقالا غير صحيحة لأن عجزه فوق عجز المريض
فكان أولى وله أنه وجد التسليم منها والتمكين التام فيتأكد ملكها في البدل
ويقوم مقام قبض المعقود عليه كالتخلية من المشتري بخلاف المرض لأن التمكين
فوقه مما يتصور لزوال المرض وههنا يستحيل أن يصير قادرا إلا بعد الجب فكان التمكين
كاملا أو لأن المستحق عليها بهذا العقد التمكين من السحق وقد وجد قال ولا
يجب إلا مهر المثل بالدخول في النكاح الفاسد لا بالعقد ولا يجاوز المسمى النكاح
الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول حقيقة لا بالعقد لفساده ولأن الحرمة قائمة
وهي مانعة شرعا فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ولا تقام فيه الخلوة
مقام الدخول لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن لقيام المانع الشرعي وإنما يجب
مهر المثل لأنه لما فسدت التسمية وجب المصير إلى الموجب الأصلي وهو مهر المثل
وإنما لا يجاوز به المسمى لأن المستوفى ليس بمال وتقومه بالتسمية فإن نقصت عن مهر
المثل لم تجب الزيادة لعدم التسمية أو زادت لا تجب الزيادة لفسادها بخلاف البيع
الفاسد حيث تجب فيه القيمة بالغة ما بلغت لكون المستوفى مالا متقوما فيقدر
بدله بقيمته فإن قيل قد اعتبرتم التسمية في النقصان فاعتبروها في الزيادة
وهذه مناقضة قلنا ما هو ضعيف في نفسه لا يترتب مقصوده عليه إلا إذا انضم
إليه ما يؤكده كالقبض في البيع الفاسد والهبة وهذه التسمية ضعيفة فإذا
نقصت عن مهر المثل كان مهر المثل شاهدا فاعتبرت وفي الزيادة معارضا
لا مؤيدا فأهدرت قال وتجب العدة عملا بالاحتياط وتحرزا عن اشتباه
النسب وتجب من حين التفريق كما يأتي في باب العدة لا من آخر الوطئات قال
ويثبت النسب لأن النسب مما يجب الاحتياط في إثباته إحياء للولد فيترتب على
الثابت من وجه قال وتعتبر مدته من حين الدخول ويفتى به هذه من
الزوائد وإنما اعتبرت من حين الدخول دون العقد لأن النكاح الفاسد ليس بداع
إلى الوطء لقيام المانع الشرعي منه لكونه حراما وإقامة العقد مقام الوطء إنما
كان باعتبار الداعي إليه في النكاح الصحيح قال ويعتبر مهر المثل بنساء

عشيرتها ان وجد من يماثلها والا فبالاجانب — مهر المثل يعتبر باخواتها وعماتها وبنات
اعمامها لقوله صلى الله عليه وسلم في بروع حين تزوجت بغير مهر لها مهر مثل نسائها
ونساؤها اقارب الاب وقيمة الانسان تعرف بقيمة جنسه وجنسه قوم ابيه فان
كانت الام من قوم ابيه بان كانت بنت عمه اعتبر بمهرها لكونها من قوم ابيها ولا يعتبر
بامها ولا بخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها لما بيناه وقوله ان وجد من يماثلها يعني من نساء
عشيرة الاب فان لم يوجد بينهم من يماثلها اعتبر بالاجانب تحصيلا للمقصود بقدر
الوسع وهذا الشرط وما بعده من الزوائد قال — ويعتبر التساوي في السن
والحسن والمال والعقل والدين والبلد والعصر والبكارة وهذا لان المهر يختلف باختلاف
هذه الاوصاف لتفاوت الرغبات باعتبارها فان لم يوجد ذلك كله اعتبر الموجود
منه لتعذر اجتماع هذه الاوصاف كلها في امرأتين وعن بعضهم ان الجمال غير معتبر
مع الحسب والشرف وانما يعتبر الجمال مع الاوسط لان الرغبة حينئذ في الجمال وفي
الهداية قالوا ويعتبر التساوي في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة وهذا يصح
وهو من الزوائد قال — واذا امتنعت عن تسليم نفسها وان سافر بها للمهر
المعجل جاز لان حقه قد تعين في المبدل فوجب ان يتعين حقها في البدل تحقيقا للتسوية
بينهما وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة
اهلها حتى يوفيها مهرها كله اعني المعجل منه لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له
حق الاستيفاء قبل الايفاء قال — وان كان كله مؤجلا بجزئه اذا تزوج امرأة
على صداق مؤجل فله ان يدخل بها في الحال وليس لها الامتناع عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا ليس له ان يدخل بها حتى
يوفيها مهرها لان ملك البضع لا يعرى عن ملك البدل فلا يعرى وجوب التسليم فيه عن
تسليم البدل ولهما انها رضيت بتاخير ما يقتضيه العقد لها من تسليم البدل
والزوج لم يرض بتاخير ما يقتضيه العقد له من تسليم المعقود عليه فلا يلزم من تاخير
حقها باختيارها تاخير حقه بغير اختياره قال — ولها الامتناع بعد الدخول برضاها
حتى يوفيها والنفقة ثابتة — قيد الرضا من الزوائد والخلاف مرتب عليه فانها لو كانت
مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وهكذا الخلاف في الخلوة
الصحيحة برضاها فمذهب ابي حنيفة ان لها ان تمنع نفسها بعد الدخول برضاها
حتى يوفيها مهرها اي المعجل ويبتنى على ذلك استحقاق النفقة لان هذا الامتناع بحق

عنده وقالا ليس لها الامتناع وتسقط النفقة لان ما هو المعقود عليه صار بالوطئة
الواحدة مسلما اليه وبالخلوة الصحيحة ولهذا وجب جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع
سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في المحل المحترم
فلا تخلو عن عوض ابانة عن شرفه وما وراء الموجود لا يعارضه ولا يزاحمه فحصل التاكد
بالموجود فاذا وجد زاحمه وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد يجني جناية فيدفع بها فاذا
جنى اخرى واخرى دفع بجميعها قال — واذا اوفاها نقلها حيث شاء وقيل لا يسافر
بها الى بلد غير بلدها وقيل ان اوفاها المؤجل ايضا وهو مأمون سافر والا فلا
ثم اذا اوفاها المهر المعجل كان للزوج ان ينقلها حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من
حيث سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى ويجوز
نقلها الى القرى لقربه من بلدها لعدم تحقق الغربة وقال بعض مشايخنا اذا اوفاها
المهر المعجل كله وكان مأمونا عليها جاز له النقل الى بلد غير بلدها وان اوفاها
المعجل وحده لا يتمكن من ذلك لان التاجيل انما يثبت بحكم العرف دلالة لا بالتصريح
فلعلها انما رضيت بالتاجيل اذا امسكها في بلدها اما اذا اخرجها الى دار الغربة
فلا وبعض اصحابنا افتى بالقول الاول وهذا القول المفصل اقرب الى التحقيق وبه يفتى
وهذه المسائل من الزوائد قال — ولو اختلفا في قدر المسمى قضي لمن اقام
البينة فان اقاماها قبلت بينتها والا يجعل القول للزوج الا ان يستنكر وقالا
يتحالفان من غير فسخ ثم يحكم بمهر المثل فان ساوى اعترافه او نقص حكم به او دعواها
او زاد على اعترافه ونقص عن دعواها حكم بمهر المثل — اذا اختلف الزوجان في مقدار
المهر المسمى في العقد فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت هي تزوجني بالفين
فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه صحح دعواه بالبينة فلم يعارضها مجرد دعوى فان
اقاماها البينة قبلت بينة المراة لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة يتحالفا
عند ابي حنيفة ومحمد ولا يفسخ النكاح بل يحكم بمهر المثل فان كان مساويا لما اعترفه
وان كان مساويا لما ادعته المراة او اكثر حكم بدعواها وان زاد مهر المثل على اعترافه
ونقص عن دعواها حكم بمهر المثل وقال ابو يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا
ان يذكر شيئا مستنكرا ومعناه لا يتعارف مهرا لها وقيل المستنكر ان يأتي بما
دون العشرة والاول هو الصحيح له ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول
قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري

فمتى امكن ايجاب شئ من المسمى لا يصار الى مهر المثل ولهما ان الواجب الاصلى
هو مهر المثل فكان القول قول من يدعيه لا قول من ينفيه لان الظاهر انها لا ترضى
بتسميه ما دونه ولا هو يرضى بتسميه ما فوقه والتحالف في هذه الوجوه تخريج الكرخي
رحمه الله ثم تحكيم مهر المثل بعده كما هو في المتن هو الصحيح ووجهه ان ظهور
مهر المثل عند عدم التسميه وذلك انما يكون بعد التحالف فان ما يدعيه كل منهما
من المسمى ينتفي بيمين الآخر فيبقى نكاحا بلا تسميه فيكون موجبه مهر المثل فكان المصير
الى التحالف ضروريا لا في الابتداء واصل النكاح ان كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف فالتسميه يحتمل
الانتفاء ذكره في المبسوط وهذه المسئله المذكوره في القدوري في كتاب الدعوى
والخلاف مع ابي حنيفه وحده وقول محمد مع قول ابي حنيفه كذا ذكر في الهدايه في
النكاح والدعوى وفي المنظومه ما يثبته لذلك قال ـــــ او ورثتها فيه حمله لوارثها
ان يشهد به مهر المثل وقالا الوارثه ويستثني منه ما يستنكر اذا اختلف ورثه الزوج
والزوجه في مقدار المهر المسمى ولا بينه فالقول قول الزوج عند ابي حنيفه وابي يوسف
سوا شهد مهر المثل لهما ولم يشهد الا ان ابا يوسف يستثني من دعوى ورثه الزوج
ما يستنكر وقال محمد القول قول ورثه المراه ان كان مهر المثل شاهدا لهم اعتبارا بالقول
من يشهد له الظاهر والظاهر انهما لا يتراضيان عند العقد الا بتسميه مقدار مهر
المثل وصار كما لو كانا حيين او احدهما ولهما ان ورثه المراه يدعون دينا في التركه
وورثه الزوج ينكرون الزايد على ما يعترفون به والقول قول المنكر بخلاف حال
الحياه فان ابا حنيفه وان كان يحكم مهر المثل حال الحياه الا انه بثبوت التسميه لا
تعتبرها واما ابو يوسف فانه يستثني ما يستنكر حال الحياه والموت لما مر قال
او في نفس التسميه فالقضا بشي منتف وحكما بمهر المثل اذا مات الزوجان واختلف
ورثتهما في تسميه المهر قال ابو حنيفه لا نقضي بشي وقالا نقضي بمهر المثل لانه هو الموجب
الاصلي في باب النكاح ولهذا يجب عنده النفي وصار كما لو وقع الاختلاف في التسميه
وهما حيان او احدهما وله ان مهر المثل يقدر بمهر نساء عشيرتها وموتهما
جميعا دليل على انقراض اقرانها فيعجز القاضي عن التقدير ظاهرا فوجب سقوط
اعتباره بعد موتهما بخلاف حاله الحياه لان ذلك لاظهار خطر المحل ويحرم الاستمتاع
بغير عوض وهكذا ثابت بالاجماع وبعد الموت عدم ذلك المعنى واثبات مهر المثل على
خلاف الدليل لرضاها باسقاطه وهو حقهما فعملنا بالدليل النافي ٥

فصل في نكاح الرقيق

قال ـــــ ولا يجوز نكاح
العبد والامه والمكاتب والمدبر وام الولد الا باذن المولى لقوله صلى الله عليه وسلم
ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان النكاح في العبد والامه عيب وفي
السفيه تعيب فلا يملكانه بدون الاذن وكذلك المكاتب لان عقد الكتابه اوجب
فك الحجر عن الكسب يبقى في حق النكاح على حكم الرق الا ترى انه لا يملك تزويج
نفسها بدون اذن لان منفعه البضع منفعه حقيقه وعين حكما الا ترى ان البائع
من شرطه والتوقيت يبطله فاعتبار الحقيقه يثبت الجواز واعتبار الحكم يمنعه فلا يثبت
لها ولايه الانكاح بالشك بخلاف منافع ساير الاعضاء لانها منفعه حقيقه وحكما
وما كان منفعه من كل وجه فهو لها بعقد الكتابه وكذلك المدبر وام الولد لقيام
الملك فيهما وهذه الاحكام المسلمه من الزوايد قال ـــــ ويجبر المولى العبد
كالامه دون المكاتب والمكاتبه مذهبنا ان للمولى اجبار العبد على النكاح خلافا
للشافعي رحمه الله ومذهبه روايه عن ابي حنيفه ولا خلاف في جوازه في الامه وعدم
جوازه في المكاتب والمكاتبه وهذه الثلثه من الزوايد اما الخلافيه فالشافعي يقول
ان النكاح من خصايص الادميه والعبد داخل في ملك المولى من حيث انه مال لا من حيث انه
ادمي فلم يملك اجباره بخلاف الامه لان منافع بضعها مملوكه له فله ان يملكها ولنا
ان في الانكاح اصلاح ملكه من حيث تحصينه من الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان
فيملكه اعتبارا بالامه بخلاف المكاتب والمكاتبه لانهما ملكا التصرف فالتحقا بالاحرار ز
فيشترط رضاهما قال ـــــ واذا اذن صار المهر دينا في رقبته يباع فيه
ويسعى المدبر والمكاتب انما تعلقه برقبته فلانه دين لزمه بسبب صحيح مضاف الى اهله
وقد ظهر الدين في حق المولى بسبب اذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن ارباب الدين
وانما تعلق بالرقبه لان ذمه العبد ضعفت بسبب رقه لان الذمه من خواص الادميه وقد
اختلت ادميته بسبب كفره الذي الحقه بالبهايم من وجه فلم يحتمل الدين بنفسها من دون
مؤيد وهو ماليه الرقبه او الكسب في حق المكاتب بخلاف الحر لكمال ذمته ولهذا قلنا ان
المولى لا يستوجب دينا على عبده لان ماليته مستحقه له فلم يكن بما لحقه حيز ذلك المحل
فصارت ذمه العبد في حق المولى ضعيفه لا عارها فلم يحتمل الدين بنفسه واما المدبر والمكاتب
فيسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقا الكتابه

اذا اذن العبد مولاه فانكح
الايجاب ثانيا فيطالب
يقضي منه الادين بعد
ولكن يباع مره بعد الاخرى
وبين نفقه زوجته لا
فاذا مات سقط الدين
لفوات محل الاستيفاء

والثلث يتنوع في كسبهما وقد اعتضدت الذمة الضعيفة بالكسب فيفوت به وهذا ن
لحكمان من الزوايد قال واذنه ينتظم الفاسد كالصحيح هذا اصل يظهر ثمرته
فيما اذا اذن لعبده في نكاح امراة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يؤخذ المهر منه بعد العتق بناء على ان الاذن عنده ينتظم
الفاسد كما ينتظم الصحيح فيكون هذا الدين ظاهرا في حقه بسبب اذنه وعندهما
لا ينتظم الفاسد وانما ينتظم الصحيح فلا يكون الدين ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به
بعد العتق وفائدة اخرى انه لو تزوج امراة نكاحا فاسدا ثم تزوج اخرى نكاحا صحيحا فعنده
يتوقف النكاح الثاني على اذن المولى وعندهما ينفذ لهما ان مقصود المولى بالاذن
في النكاح وهو التحصين انما يحصل بالجائز دون الفاسد فيحمل اذنه المطلق عليه وله
ان الاذن مطلق فينتظم نوعيه عملا بالحقيقة كما في البيع فاذا وجد الفاسد منه
نفذ ووقع اصلا لو عين وانتهى الاذن لوجود المطلق ضمن المقيد واما مراده التحصين
فامر باطني لا اطلاع عليه فلا يترك له الحقيقة الظاهرة على ان بعض المقاصد في النكاح
الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على تقدير الدخول قال
وليس على المولى ان يبوئها منزل الزوج ويطؤها اذا ظفر بها وهذا لان استخدامها
حق المولى وهو باق لبقاء ملكه فيها والتبوئة ابطال حقه فلا يلزمه قال
وثبت لها خيار العتق والزوج حر كالعبد الامة اذا تزوجت باذن مولاها ثم
اعتقت ثبت لها خيار العتق عندنا سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي
رحمه الله لا يثبت لها الخيار اذا كان حرا والقياس على العبد لتعريف حكمه وهو
من الزوايد له ان الملك لم يزدد عليها لان ملك الطلقات الثلث ثابت للزوج
عليها قبل العتق عنده ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة ملكت بضعك
فاختاري جعل ملك البضع علة الخيار فيعم الفصلين لاطلاق العلة ولانه يزداد الملك
عليها عندنا فانه يملك الثلث بعد العتق فيملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وولاية
الرفع ضمنا لولاية الدفع مشروع فان لمن شهر عليه السلاح ولاية قتل الشاهر دفعا
للهلاك عن نفسه قال واثبتناه للمكاتبة اذا اعتقت المكاتبة ثبت لها
الخيار عندنا وقال زفر لا يثبت لعود العقد عليها بمباشرتها ورضاها وكون المهر
لها بخلاف الامة لعدم اعتبار رضاها وكون المهر للمولى ولنا انها عتقت ثابته

بازدياد الملك عليها وهي العلة الموجبة لثبوت الخيار في الامة فيثبت كان في الحكم
لاشتراكهما في العلة قال ولو قتل امته قبل دخول الزوج فالمهر ساقط
المولى اذا زوج امته من رجل بمهر ثم قتلها قبل دخول الزوج بها سقط مهرها عند
ابي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها لان بالموت ينتهي النكاح ويتأكد فلا يبطل كما انه
لو قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما لو ارتدت
الحرة بخلاف الاجنبي لانه وان كان مانعا الا انه ليس مستحقا للمهر قال وعلى هذا
في قتل الحرة نفسها قبل الدخول اذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول بها لا يسقط
مهرها وقال زفر يسقط ذكر الخلاف في الهداية له انها حبست المبدل حبسا
دائما فلا تستحق البدل كالامة المنكوحة اذا قتلها مولاها قبل الدخول ولانها
مستهلكة للمعقود عليه قبل التسليم فيرتفع العقد من اصله كالبائع يقتل المبيع قبل
التسليم ولنا ان النكاح ينتهي بالموت ولست باهل للقتل حسا وكذلك لا يمكن
جعلها مستهلكة لاستلزام ذلك تقدير جنايتها ومتى قدر جنايتها لم يكن
مستهلكة فلم يمكن الاضافة اليها شرعا للتناقض ولا حقيقة لان المقتول ميت
باجله فصار كالموت حتف انفها لان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام
الدنيا بخلاف قتل المولى امته لتعلق احكام الدنيا به وهو وجوب الكفارة قال
ولو تزوجت بغير اذن فاعتقت حكمنا بنفاذه امة تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقها
المولى نفذ نكاحها عندنا وقال زفر يبطل لان العقد موقوفا على اجازة المولى وبعد
العتق ارتفعت الولاية والاعتاق ليس باجازة فتعين البطلان كما لو باع رجل مال غيره
ثم ان مالكه باعه من اخر بطل البيع الاول ولنا انها من اهل العبارة وانما
امتنع النفوذ لحق المولى وقد زال بالاعتاق فينفذ لزوال المانع وهذا بخلاف ما لو
اشترت شيئا ثم اعتقت حيث يبطل الشراء لان ذلك الشراء انعقد موجبا للملك
للمولى فلو نفذ بعد العتق يكون موجبا للملك لها وانه لا يجوز اما ههنا فالنكاح
انعقد موجبا للحل لها وبعد العتق ينفذ بهذه الصفة وبخلاف ما استشهد
به لان بيع المالك بات وبيع الفضولي موقوف والبات يبطل الموقوف اذا طرا
عليه قال او ورثها من يحرم عليه فاجاز او اشتراها هو او ابنه اجزاه
امة تزوجت بغير اذن مولاها فمات فورثها من لا يحل له وطؤها فاجاز ذلك النكاح
جاز عندنا وكذلك لو اشتراها من المولى من لا يحل له وطؤها فاجاز او اشتراها

ابى فاذا زنت صح النكاح ونفذ وقال زفر يبطل النكاح لانه انعقد موقوفا على اجازة ذلك المولى فلا ينفذ باجازة غيره كما لو انتقلت الى من يحل له وطيها ولنا ان المولى الثاني قام مقام الاول في الملك فيقوم مقامه في الاجازة ولا منافي لذلك فان الحرمة ثابتة بخلاف ما لو كان ممن يحل له وطيها لان طريان الحل النافذ على الموقوف يبطله كالملك النافذ نظرا على الملك الموقوف لموضع التنافي بين الحلين والملكين في المحل الواحد قال ولو نكح بغير اذن ثم طلق ثلثا ثم اذن له يجدد عليها بحيزة من غير كراهة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا زوج العبد امراة بغير اذن مولاه ثم طلقها ثلثا ثم اذن له المولى في التزوج يكره له ان يتزوجها وقال ابو يوسف لا يكره لان النكاح لم يوجد حقيقته فلم يوجد الطلاق حقيقة ولا شبهة ايضا فان شبهة الشي تثبت بحلف عما يوجب حقيقته ولم يوجد ههنا ما يوجب تحقق الطلاق لكان المراة الاصلية فصارت كغيرها ولهما ان صورة النكاح وجدت دون معناه وترتبت عليها صورة وقوع الثلث وان لم يثبت معناه فثبت صورة الحرمة دون معناها وذلك يثبت الكراهة بخلاف غيرها لانتفاء الوقوع صورة ومعنى قال ولو زوج ابنته مكاتبه ثم مات لا يفسد النكاح الا اذا عجز فرد رجل زوج ابنته من مكاتبه ثم مات المولى لا يفسد النكاح عندنا الا اذا عجز فرد في الرق وقال الشافعي يفسد لانها ملكته بالارث الا ترى ان بدل الكتابة لها وتملك عتاقه وصار كما لو زوجها المكاتب بعد موت المولى ولنا انها لم تملكه ولهذا لا يبطل دينها الثابت عليه وانما ثبت ملكها في بدل الكتابة لان المكاتب يمتنع نقله من ملك الى ملك لكونه حرا من وجه بخلاف ما استشهد به لانها قامت مقام ابيها فيما كان له وانما يبطل النكاح بين المراة ومكاتبها لانه مملوكها من وجه فمن حيث انه مملوكها لا يصح ومن حيث انه غير مملوك يصح فالشك وههنا كان العقد صحيحا فمن حيث انه مملوكها يبطل ومن حيث انه ليس بمملوك لها لا يبطل فلا يبطل بالشك واما ملك عتاقه لتضمنه الابراء عن بدل الكتابة ثم يثبت العتق بعده ولهذا لا يملك بعض الورثة اعتاقه ويعتق باعتاقهم جميعا لحصول البراءة عن بدل الكتابة كله لا باعتبار الملك لهم الا ترى ان الولاء للمولى الذي كاتبه وينتقل الى ذكور اولاد المولى قال وعلوق حرية ولد العبد المغرور بالقيمة كالحر اذا تزوج العبد امراة زعمت انها حرة باذن المولى فجاءت بولد ثم استحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها ولا يكون

الولد حرا بالقيمة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ياخذها ولا ياخذ ولدها وهو حر بالقيمة يدفعها بعد العتق واجمعوا ان المغرور لو كان حرا كان ولده حرا بالقيمة وقياسه عليه تعريفا لحكمه واشارة الى التعليل وهو من الزوائد لمحمد انه رغب في حرية ولده حيث قصد الحرة ووطيها على السبب الصحيح فاذا بطل وجب كون الولد حرا بالقيمة لان عليا رضي الله عنه قضى بكون ولد المغرور حرا بالقيمة وبالقياس على ولد المغرور الحر والجامع اشتراكهما في علة رعاية الجانبين فاعتبر حرية الولد نظرا للمستولد لانه مطلوبه واعتبرنا ماليته الولد نظرا للمستحق لانه مطلوبه ولهما ان الولد يخلق من مائه رقيقا فكان رقيقا والقياس في الحر كذلك لان الولد تابع لامه في الحرية والرق الا ان المغرور اذا كان حرا فولده حر بالقيمة عرف ذلك باجماع الصحابة ولا يمكن الالحاق ههنا لان الحكم ثم بحرية الولد مع مراعاة حق المستحق في الحال بالجابر لبدل وههنا انما يطالب بالقيمة بعد العتق فلم يكن في معناه فوجب المصير الى القياس وهو تبعية الولد لامه

فصل في العيوب

قال ولا يجبر ردها بجنون وجذام وبرص ورتق وقرن وقال الشافعي رحمه الله يجوز ان يردها بهذه العيوب الخمسة لانها تمنع من الاستمتاع حسا او طبعا مؤكدا بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد وصار كما لو كان الزوج مجبوبا او عنينا ولنا ان فوت الاستمتاع بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان المستحق هو التمكن وهو حاصل والاستمتاع من ثمراته بخلاف ما استشهد به لانها لا تتمكن من قضاء وطرها بغيره وهو قادر على قضائه بغيرها فافترقا قال واجاز لها رده بالثلثة الاول قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يملك الزوجة رد الزوج بشي من العيوب ما عدا الجب والعنة وقال محمد رحمه الله تملك رده بالجنون والجذام والبرص لتعذر وصولها الى حقها مع هذه العيوب فتتخير كالجب والعنة بخلاف جانبه لانه يمكنه دفع الضرر عنه بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما ثبت في الجب والعنة لبطلان استيفاء حقها اصلا لعدم تصور وصولها الى حقها وههنا وصولها الى حقها متصور وان كان ناقصا فلم يثبت التساوي بينهما فلم يتم القياس قال ويؤجل العنين والخصي لا المجبوب حولا فان وصل والا فرق بينهما بطلبها العنين يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الامتناع عن ايصال حقها الثابت في الوطء

وفي الكافي ... ان كانت رتقا ليس لها حق الفرقة لان المانع من قبلها
ولو وصل اليها مرة مجبوبا او عنينا لا خيار لها لان حقها في وطئة
واحدة يحصل مقصودها من تاكد المهر والاحصان

يحتمل ان يكون لعلة عارضة او لآفة اصلية فلا بد من مدة تعرف ذلك فقدرت
بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت تبين ان العجز لآفة اصلية ففات
الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التسريح باحسان اذا طلبت ذلك
ولا بد من طلبها لان التفريق حقها والخصي كالعنين لان وصوله مرجو بخلاف المجبوب لانه
لا فائدة في التاجيل فاذا طلبت الفرقة فرق بينهما في الحال قال وتجعل
الفرقة طلقة بائنة لا فسخا له ان المراة ردت الزوج بعيب فكان كالمبيع يرد
بعيب فلا ينقص عدد الطلاق ولنا انه عجز عن الامساك بالمعروف وامتنع عن
التسريح بالاحسان فناب القاضي منابه فكانه طلق بنفسه ووجب ان يكون بائنة
لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بالبينونة ولها كمال المهر ان خلا بها
لان خلوته صحيحة معتبرة ويجب العدة لما مر وهذا مع اقراره بعدم الوصول اليها وان
وان اختلفا فيه وهي ثيب فالقول قوله لانكاره استحقاق حق الفرقة مع ان الاصل سلامة
الطبيعة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل اجل سنة وان كانت بكرا اعتبرها النساء فان
قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان حلف والا اجل سنة ويحتسب
بايام الحيض وشهر رمضان من السنة لوجود ذلك فيها لا بايام مرضه ومرضها لامكان
خلو السنة عن المرض والسنة قمرية هو الصحيح قال والفرقة بتفريق الحاكم وقالا لا
بقولها اذا مضت السنة المضروبة اجلا واختارت الفرقة لا بمجرد قولها اخترت
نفسي او ابنت نفسي بل لا بد من تفريق القاضي بينهما عند ابي حنيفة وقالا بمجرد قولها لان
الشرع خيرها عند تمام الحول لدفع الضرر عنها فيكون كتخيير الزوج اياها وله ان النكاح
عقد لازم وملك الزوج معصوم فلا يزول الا بازالته او بازالة من يقوم مقامه دفعا
للضرر عنه وههنا لما تعين على الزوج احد الامرين اما الامساك بالمعروف والتسريح
بالاحسان بالاحسان وامتنع عن ايفاء هذا الحق ناب القاضي منابه فيما يقبل الاستنابة منهما
وهو التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنها فلا بد من تفريقه قال واذا كان زوج الامة
عنينا فالخيار للمولى ويجعله لها قال ابو حنيفة رحمه الله الخيار في فرقة زوج الامة اذا
كان عنينا للمولى وقال ابو يوسف رحمه الله هو لها لان الوطء حقها وله ان مقصود
النكاح وهو الولد اذا حصل كان ملكا للمولى وهو الذي يتضرر بالعنة لان فيه منعا
من حصول مقصود المولى فكان الخيار اليه قال ومنعنا رد المهر بعيب يسير
لا يرد المهر بعيب الا ان يكون فاحشا وقال زفر يرد به وان كان يسيرا وهو قول

الشافعي لهما انها لم ترض به الا سليما فلها الرد كما في البيع ولنا انه لا فائدة في الرد
ههنا لان النكاح لا ينفسخ بالرد فيبقى موجبا تسليم المسمى سليما وقد عجز فوجب تسليم قيمته
ولا فائدة فيه اذا كان العيب يسيرا لعدم التفاوت بين تلك العين وبين القيمة لدخول العيب
اليسير تحت تقويم بعض المقومين بخلاف الفاحش لظهور التفاوت في القيمة وبخلاف البيع
لان الرد يوجب اعادة المعوض والخلاف فيما بيننا وبين الشافعي بناء على ان التسمية تبطل
عنده بالرد بالعيب فيجب مهر المثل وعندنا لا تبطل لبقاء النكاح الموجب للمسمى والعجز عن
تسليمه سليما يوجب تسليم القيمة ه

فصل في نكاح اهل الشرك

قال واجازوا انكحة الكفار قال مالك رحمه الله نكاح اهل الشرك
باطل وانما يصح منه ما لو ابتدؤوه بعد الاسلام صح فيصح البقاء عليه وما لو ابتدؤوه
بعد الاسلام لم يصح لا يصح حالة الكفر كالعقد على ذوات المحارم وعندنا صح انكحتهم
فان اسلموا فما اجازه الشرع اقر عليه وما رده فرق القاضي بينهما له ان جواز النكاح
يفتقر الى شروط معدومة في انكحتهم فيجب فسادها لتخلف الشرط عن المشروط ولنا
قوله تعالى وامراته حمالة الحطب ولولا انعقاد النكاح لما صح الاخبار بانها امراته وقوله
عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح ولو صح العقد لما ترتب الافتخار بذلك ه
قال ولو تزوج بغير شهود اجزناه واذا اسلما اقررناه كافر تزوج
كافرة وليس يشهد على النكاح وذلك جائز في دينهما صح عندنا حتى اذا اسلما يقران
على نكاحهما ولا يفرق بينهما وقال زفر هو فاسد ويفرق بينهما بالاسلام له قوله
عليه السلام لا نكاح الا بشهود الا انا امرنا بتركهم لم نتعرض لهم ما لم يسلموا او يترافعوا
الينا لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولانهم بعقد الذمة
تبع لنا في الدار فيلزمون احكام المعاملات والاعراض عنهم لعقد الذمة ليس
بتقرير فاذا اسلموا او ترافعوا وجب الحكم بالحق ولنا ان الاشهاد على النكاح حق
الشرع وهو قبل الاسلام لا يخاطبون به ولان كون الشهود من الشروط مختلف فيه
ونحن مامورون بتركهم وما يعتقدون حتى كان الخمر والخنزير مالا متقوما عندهم
وامرنا بتركهم وما عقدوا عليها فاذا انعقد النكاح بينهما صحيحا عندهم يتمادى عليه بعد
الاسلام او الترافع اقرا عليه لان الاشهاد شرط الابتداء دون البقاء قال
او محرمه فهو جائز وشرطه التفريق اتفاقا وفرقنا بينهما بمرافعة احدهما كاسلامه
ان تزوج الكافر بذات رحم محرم منه فحكمه حكم النكاح الصحيح عند ابي حنيفة رحمه الله حتى

يحكم لها بالنفقة اذا طلبت ولا يبطل الاحصان بوطيها حتى لو اسلم بعد ذلك فقذف
احد بالحد وقالا له حكم الفاسد فلو اسلما او اسلم احدهما او ترافعا جميعا فرق
بينهما بالاجماع ولا يفرق بينهما بمرافعة احدهما عند ابي حنيفة وقالا لا يفرق بمرافعة احدهما كما
يفرق باسلامه لهما ان الحلية التي هي شرط صحة النكاح معدومة فيبطل النكاح وهذا
لا يورث به الا انا لا نتعرض لهم قبل الترافع كما في عبادة النار لانا امرنا بتركهم
وما يدينون فاذا ترافع احدهما امره فقد التزم حكم الاسلام فيتعدى الى الاخر ضرورة
الحكم على الترافع فيفرق بينهما كما لو اسلم احدهما وله ان العقد صحيح في اعتقادهم
ونحن مامورون بتركهم وما يعتقدون فيجري على الصحيح لعدم ولاية الالزام قبل
الترافع فاذا ترافعا جميعا فقد رضيا بحكم الاسلام فيجري عليها حكمه ومرافعة
احدهما لا يحصل رضا الاخر فلم يتحقق شرط الالزام في حقه فلا يحكم عليه ولا على
الترافع لاستلزام الحكم على غير من يلتزمه والفرق بين مرافعة احدهما واسلامه
ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه لا يتغير بمرافعته اعتقاده اما اعتقاد
المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى اما مرافعتهما جميعا فهو
تنزل منزلة تحكيمهما وانما يفرق بينهما بالاسلام وان كان حاله حكم الصحة عند ابي
حنيفة لان المحرمية تنافي النكاح حال بقائه وعلى هذا الخلاف اذا جمع بين الاختين او بين
الخمس او تزوج المطلقة ثلثا قال ـــــــ او في عدة كافر اذا تزوج معتدة من
كافر جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان العدة واجبة بالنصوص الموجبة لها على الاطلاق
وهي مانعة من جواز نكاح الغير والفرق لهما بين العدة والنكاح بغير شهود ان
حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها عندنا فكانوا ملتزمين لها بعقد الذمة وحرمة النكاح
بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات وله ان هذه
العدة تجب عليها لانها لو وجبت فاما حقا لله تعالى وذلك من لوازم الاسلام او
حقا للزوج وكلاهما لا يعتقدان وجوبها فلم يتحقق المانع فيسلم المقتضي عن المعارض
فصح والفرق له بين المعتدة ونكاح ذات الرحم المحرم ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق
والعدة لا تنافيه كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان العدة واجبة عليها ولا يفسد
النكاح قال ـــــــ او بغير مهر وهما ذميان فمهر المثل غير لازم ولو ترافعا
او اسلما كما حكمنا في الحربيين قال ابو حنيفة رحمه الله الذمي اذا تزوج ذمية على ان
لا مهر لها لم يجب لها مهر ولو اسلما او ترافعا الينا لا نحكم لها بشي وقالا

يجب لها مهر المثل لان النكاح لم يشرع الا بالمال وهم ملتزمون احكامنا في المعاملات
كالزنا والربا والولاية عليهم ثابتة لاتحاد الدار وله انهم غير ملتزمين احكامنا
في الديانات ولا فيما يعتقدون خلافه في المعاملات والولاية بالسيف والمحاجة
منقطعة بعقد الذمة فصار كالحربيين بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان والربا
مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد
والحربيان اذا تزوجا ونفيا المهر ثم ترافعا الينا لم يحكم لها بشي وقال زفر
يحكم لها بمهر المثل لان النكاح من حيث هو استيلاء على محل النسل وصيانة فيه لم
يشرع الا بالمال ابانة لشرف المحل بشرف بني ادم المكرمين تكريم الله تعالى فيوجب
العوض وان نفياه ولنا انه بعد التزامهم ما لم يلتزموه فلا فائدة في الايجاب
قال ـــــــ ولو امهرها وهما ذميان خمرا او خنزيرا بعينهما ثم اسلما فلها المهر او في
الذمة فالقيمة فيها ومهر المثل فيه ويوجبه بينها لا القيمة الذي اذا امهر الذمية خمرا
او خنزيرا بعينها ثم اسلما قال ابو حنيفة رحمه الله المهر ما عيناه من الخمر
او الخنزير دون غيرهما لان هذه العين صارت ملكا لها بالعقد ولهذا صح تصرفها
فيه وبالقبض ينتقل من ضمانه الى ضمانها والاسلام لا ينافي ذلك كاسترداد الخمر
المغصوب وخمر المكاتب الذمي اذا عجز والماذون اذا حجر عليه وصار كما لو اسلمت
ولها في يد غيرها خمرا وخنزيرا فانها تحل وبطلق الخنزير كذا ههنا وان كان
تزوجها على خمر وخنزير في الذمة فعليه في الخمر قيمتها وفي الخنزير مهر المثل
لان ملكها في غير المعين انما يحصل بالقبض والاسلام مانع منه فلم يملك اذا الدين
مثله لمكان الاسلام ولا يمكن تسليم قيمة الخنزير لانها بمنزلة في ضمان العدوان
يجب مهر المثل كما لو ابتدا النكاح به وليس بمانع عن تسليم قيمة الخنزير لانها
مثله في ضمان العدوان فيجب مهر المثل كما لو ابتدا النكاح به وليس بمانع عن
تسليم قيمة الخمر لانها ليست بمثل لها في ضمان العدوان وان صح الابتدا وقال
ابو يوسف يلزمه مهر المثل في الصورتين لان القبض بحكم العقد شبيها فيشبه
العقد لما مر من قبل فصار التسليم كابتداء العقد ولو كان ابتدا العقد على الخمر
والخنزير عينا او دينا وجب مهر المثل فكذا هذا وقال محمد يلزمه القيمة في
الصورتين لان التسمية قد صحت وقت العقد وقد عجز الان عن تسليم المسمى فيلزمه
تسليم القيمة كما لو تزوج امراة على عبد الغير قال ـــــــ ولو اسلمت لعرض عليه الاسلام

فان اسلم والا فرق بينهما ويجعله فسخا وفاقا لا طلاقا فان ابيا او اسلم وهي مجوسية فعرض عليها
فابت فرق بغير طلاق اذا اسلمت المراة وزوجها كافر فعندنا يعرض على الزوج الاسلام
فان اسلم فهي امراته والا فرق بينهما بالاباء وعند الشافعي لا يعرض الاسلام وبعد الدخول
يتأكد يتأخر الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان مقاصد النكاح
من الازدواج والالفة وقضاء الوطر فائتة فلا بد من سبب يبنى عليه الفرقة والاسلام
لا يصلح سببا لانه طاعة فلا يصلح سببا لفوات النعمة فعرض لتحصيل المقاصد بالاسلام
او باي فتقع الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان هذه الفرقة حاصلة بسبب
يشترك فيه الزوجان وهو الاباء عن الاسلام فانه يحصل منهما جميعا والطلاق
يختص به فلا يكون هذه الفرقة طلاقا كالفرقة بسبب الملك لعدم اختصاصه
باحدهما ولهما ان الاباء امتنع عن امساكها بالمعروف لانه قادر عليه بالاسلام
فوجب ان ينوب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب والعنة والفرق
بينه وبين الملك ان الملك مناف للنكاح والطلاق رافع فتعذر ان يجعل المنافي رافعا
لان رافع الشيء يستدعي سابقة وجود المرفوع والمنافي لا يقتضي سابقة وجوده
ولهذا لا يتوقف على القضاء والفرق بين ابائه وابائها ان الزوج اهل للطلاق
فكان اباؤه سببا لنيابة القاضي عنه في الفرقة بالطلاق وهي ليست باهل
للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها قال ويكون لها
المهر ان دخل والا فلا اذا اسلم الزوج فعرض عليها الاسلام وابت فرق
بينهما فان كان دخل بها فلها المهر لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر
لها لان هذه الفرقة من قبلها والمهر غير متأكد فاشبه الردة ومطاوعة
ابن زوجها قال واذا ارتد احدهما وقعت الفرقة بغير طلاق وجعل
ردته طلاقا اذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بينهما
بغير طلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف مطلقا وقال محمد ان كان المرتد هو الزوج
وقعت الفرقة بطلاق وان كانت المراة فبغير طلاق اعتبارا بالاباء في الفصلين وابو
يوسف مر على اصله ووجه الفرق لابي حنيفة ان الردة منافية للنكاح لانها منافية
للعصمة والطلاق رافع فتعذر جعل الردة طلاقا بخلاف الاباء لان القاضي ينوب
منابه في التسريح بالاحسان ولهذا يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا يتوقف
بالردة قال فان كان دخل بها وهو المرتد فلها كل مهرها والا فنصف او هي قبل

الدخول فلا مهر ولا نفقة اما الاول فلانها مسلمة وحكم المدخول بها كالمهر
وغير المدخول بها نصفه وان كانت هي المرتدة قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة
لان الفرقة من قبلها ولم يذكر ما بعد الدخول لسبق الحكم فيه وهو ثبوت المهر لتأكده
به قال ولو ارتدا معا واسلما بقينا نكاحهما المسلمان اذا ارتدا معا
والعياذ بالله ثم اسلما فهما على نكاحهما عندنا وقال زفر وهو القياس يبطل نكاحهما
لانه لو ارتد احدهما بطل وفي ردتهما ردة احدهما وزيادة ولنا وهو الاستحسان
ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم احد من الصحابة رضي الله عنهم بتجديد
الانكحة والارتداد حصل منهم معا لجهل بالتاريخ وفي قوله معا فائدة وهي انه لو
اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لبقاء الاخر على الردة وهي منافية
للبقاء كالابتداء قال ويحكم بالفرقة حال الردة والاباء وخروج المها جرة
الينا لا لانقضاء العدة في المدخول بها والمهاجرة لا عدة عليها كالمسبية اذا ارتد
احد الزوجين عن الاسلام او اسلم احدهما وهما في دار الاسلام او خرجت المراة الحربية
مهاجرة الى دار الاسلام اما مراغمة لزوجها اي مفارقة على رغم او مغاضبة له هاربة منه
وقعت البينونة بينهما بنفس الارتداد وتباين الدارين وبتفريق القاضي بالاباء في الحال
وقال الشافعي ان كان بعد الدخول فبانقضاء العدة وان كان قبله ففي الحال له
ان المؤثر في انسداد الملك موجود لكنه لجواز ارتفاعه باسلام الاخر يتوقف على
انقضاء الاقراء التي ضربت في الشرع لاستدراك ما اقبل على الزوال كالطلاق
الرجعي فان ملك النكاح لما شارف الزوال بالطلاق جعلت الاقراء مدة الاستدراك
ولنا ان الردة انها تباين النكاح وتنافيه فلا تبقى مع المنافي وهذا لان ملك
النكاح ملك معصوم والمالك بالردة ترتفع عصمته فيستحيل بها الملك المعصوم
لمن ليس بمعصوم واذا ارتدت المراة ارتفعت عصمتها فيستحيل بقاء الملك المعصوم
فيها لاستحالة قيام الملك المعصوم بمن ليس بمعصوم بمحل غير معصوم واما توقف
الفرقة على تفريق القاضي بالاباء فقد مر الكلام فيه واما ثبوت البينونة بتباين
الدارين فلما نذكر ثم هل تملك التزوج من غير عدة فقال ابو حنيفة تملكه وقالا لا تعد
العدة لان الفرقة وقعت في دار الاسلام فيلزمها احكام الاسلام وله ان
وجوب العدة لاظهار خطر ملك النكاح المتقدم ولا خطر لملك الزوج الباقي في دار
الحرب لالتحاقه بالجماد في حقنا لانقطاع احكام الاسلام عنهم ولا نكاح بين

فما بال ما اذا ارتدا معا فان ارتفعت عصمتهما
والملك حينئذ غير معصوم فلا يتصور بقاؤه
بانقضاء غير معصوم

الحي والميت وإذا اسقطت حرمة ملكه لم تجب لعدة ولهذا لا تجب على المسبية لانقطاع
الملك قال وان كانت حاملا حتى تضع المهاجرة اذا خرجت الى دار الاسلام
وهي حامل لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفه رضي الله عنه ان النكاح صحيح ولا
يطاها الزوج حتى تضع كالحبلى من زنا ووجه الرواية المشهورة ان الحمل ثابت
النسب وظهر الفراش في حقه فيمنع جواز النكاح احتياطا قال واذا اسلمت
في دار الحرب او اسلم وتحته مجوسية بانت منه بانقضاء ثلث حيض وهذا لان الاسلام
ليس بسبب للفرقة لما مر والعرض على الاسلام يتعذر الا بدار او الاباء متعذر لقصور
الولاية والفرقة واجبة دفعا للفساد فاقمنا الشرط وهو انقضاء الحيض الثلث
مقام السبب كما في اضافة الحافر في حفر البير عدوانا مقام العلة عند عدمها
قال وتحقيق تباين الدارين سبب الفرقة لا السبي اذا خرج احد الزوجين
الى دار الاسلام مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع وان سبي
احد الزوجين الحربيين وقعت الفرقة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي
وقعت ايضا وفي انقطاع نكاح الزوجين المسبيين معا وجهان في مذهبه والاصل
ان السبي هو السبب عنده والتباين عندنا له ان تباين الدارين في انقطاع الولاية ولا اثر
لذلك في وقوع الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن واما السبي فيقتضي صفا الملك
للسابي وهو مستلزم لانقطاع ملك النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي تحقيقا
للصفاء ولنا ان مصالح النكاح حقيقة ولا حكما مع تباين الدارين تشابه المحرمية والسبي
يوجب ملك الرقبة وانه لا ينافي ابتدا النكاح فكذا لا ينافي بقاءه وصار كالشراء فانه
اذا اشترى امة منكوحة لا يوجب ملكها بطلان النكاح فكذا هذا واما الصفا فاثره في
المال لا في محل النكاح واما المستامن فلم يتباين الدار في حقه حكما لانه بعرضية الرجوع
قال واذا اسلم زوج الكتابية فهي على النكاح لانه يصح ابتداء فلان يبقى اولى قال
ولا يجوز نكاح المرتدة اما المرتد فلانه مباح الدم وانما يترك ضرورة التامل والنكاح شرع
للبقاء وشرعيته في حقه ما يشغله عن التامل فلا يشرع واما المرتدة فلانها وان لم تقتل لانها
تحبس للتامل والاشتغال بمصالح النكاح وخدمة الزوج مما يشغلها عنه ولان المصالح لا تنتظم
بينهما والنكاح شرع لمصالحه فيفوت بفواتها قال ويتبع الولد خير الابوين دينا
لان في جعل الولد تابعا للمسلم منهما نظرا له قال ويتبع الكتابي منهما لا المجوسي لان
المجوسي شر من الكتابي وفائدة ذلك تظهر في جواز مناكحته واكل ذبيحته لان في ذلك نوع نظر له

قال ولو اسلم وتحته خمس واختان وام وبنت بطل النكاح فان رتب
فالاخر وخيره في اختيار اربع مطلقا واحدى الاختين والبنت رجل اسلم وتحته خمس
نسوة فصاعدا واختان وام وبنتها فنكاحهن باطل ان كان تزوجهن بعقد واحد وان
كان تزوج على الترتيب بطل نكاح الخامسة فما فوقها والاخت الاخيرة والاخرى من الام
والبنت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يختار اربع نسوة منهن واحدى الاختين ايتهما
شاء ويختار البنت دون الام لان غيلان الديلمي اسلم وتحته عشر نسوة فخيره صلى الله عليه
وسلم فاختار اربعا منهن وكذلك فيروز الديلمي وتحته اختان فخيره عليه السلام فاختار
احداهما وانما يختار البنت لان نكاحها امنع لنكاح الام من نكاح الام لها لان مجرد نكاح
البنت مانع من نكاح الام لا بالعكس ولانها انكحة جائزة عندهم وانما ثبت الحرمة بعارض
الاسلام فيتخير كما لو اعتق بعض جواريه ولهما انها فاسدة لعدم شرعيتها في الاسلام
الا انا امرنا بتركهم وما يدينون فاذا اسلموا اجري عليهم احكام الاسلام بمنزلة نكاح المحارم
وتخيير غيلان وفيروز كان في التزوج بعد الفرقة قال ويحكم بالفرقة بين مسلم
تحته نصرانية تمجست كما لو تهودا وخالفه مسلم تحته نصرانية تمجسا جميعا قال ابو يوسف
وقعت الفرقة بينهما لان حكم الزوج حكم المرتد ولهذا اجبر بالسيف على الاسلام وحكم المراة
ليس كذلك ولهذا تترك وما اختارته وصار كارتداد المسلم وتحته مسلمة او كتابية فانها تبين
منه وكما لو تهودا جميعا وقال محمد لا يقع الفرقة بينهما لانهما انتقلا الى ما لو انفرد به احدهما
وقعت الفرقة فاذا انتقلاه جميعا لا يقع كالمسلمين اذا ارتدا معا لا يقع الفرقة لعدم المنافاة
وان ولدت احدهما وقعت المنافاة بخلاف ما لو تهودا لانها لو تهودت وحدها لم يقع الفرقة
ولو تمجست وحدها وقعت لعدم كون المجوسية محلا لنكاح المسلم وثبوت الحل لليهودية
فصل في القسم قال ويعدل بين الحرتين في القسم مطلقا
اذا كان للرجل زوجتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين او ثيبين او احداهما
بكرا والاخرى ثيبا لقوله صلى الله عليه وسلم من كانت له امراتان فمال الى احداهما
في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم
يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذه قسمتي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك
يعني المحبة وما رويناه مطلق فيجري على اطلاقه قال ويامره بالتسوية لا
بالاقامة عند البكر الجديدة سبعا والثيب ثلثا ثم يستانف اذا كانت له امراة فتزوج
اخرى فان كانت بكرا يسوي بين الجديدة والقديمة في القسم فان اقام عند هذه سبعا

اقام عند الاخرى سبعا وكذلك ان كانت ثيبا سوى بينهما وان اقام عندها ثلثا اقام عند القديمة
ثلثا ولا فضل للجديدة البكر بسبع والثيب بثلث ثم يستانف القسم خلافا للشافعي له ما روى
ابو هريرة انه عليه السلام قال من تزوج امراة بكرا على امراة عنده يقيم عندها سبعة ايام وان
تزوج ثيبا يقيم عندها ثلثة ايام ثم يستانف القسمة بينهما ولنا ما روينا من غير
فصل بين الجديدة والقديمة ولان القسم من حقوق النكاح وهن فيه سواء وهن فيه متساوون
في حقوقه وما رواه يدل على انه يقيم عند البكر سبعا والثيب ثلثا ولا دلالة فيه على نفي التسوية
والمستحق انما هو التسوية في البيتوتة دون المجامعة لان ذلك ينبني على وجود الداعي اليه والنشاط
ومقدار الدور مفوض الى الزوج او نقول يحمل على الصلح قال ـــــ ويقسم للرقيقة مع الحرة
الثلث اذا كان له منكوحتان احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم
وللامة الثلث لما روينا لا تزيد ذلك ولان حل الامة انقص من حل الحرة لجواز نكاحها حالة
الانفراد دون الانضمام مع الحرة سواء كانت عن الحرة او اما رتها فيجب اظهار النقصان في
الحقوق وانما عدل عن لفظ الامة الى الرقيقة ليشمل الامة والمكاتبة والمدبرة وام الولد لان
فيهن ما بهن قال ـــــ ويسافر بمن شاء ويستحب ان يقرع ولا نوبتها لا حق للنساء
في القسم حال السفر فله ان يختار للسفر من شاء منهن لان له ان يسافر ولا يستصحب واحدة
منهن فدل ذلك على سقوط حقهن فجاز ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه تلك
المدة ويستحب له ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي يجب ذلك لما
روي انه صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه لكنا نقول لا يدل ذلك
على الوجوب بل يدل على الاستحباب تطييبا لقلوبهن لانهن لا حق لهن في السفر فيبطل الاستحقاق
قال ـــــ ويجوز ان تترك قسمها لصاحبتها وان ترجع فيه اما الاول فلما روي ان سودة
بنت زمعة سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعايشة
رضي الله عنها واما الثاني فلانها اسقطت حقا لها لم يجب بعد فلا يسقط باسقاطها

كتاب الرضاع

قال ـــــ ويتعلق التحريم بمطلقه في المدة لا بخمس رضعات قليل الرضاع وكثيره
اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم اذا كان في المدة وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت
التحريم الا بخمس رضعات مشبعات يصل الى جوف الصغير بكل واحدة منها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم
المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان اعاد حرف النفي بين المصة والمصتين

فاقتضى التداخل كما لو قال والله لا اكلم زيدا يوما ولا يومين ولذلك اعاده بين الاملاجة
والاملاجتين وعطف الاخر فكانه قال لا تحرم المصتان والاملاجتان فوجب تخصيص
الدفعات الاربع عن النصوص المطلقة المقتضية للتحريم فيثبت بما وراها ولنا اطلاق قوله
تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب الموجب للتحريم وهو ثبوت البعضية باثبات اللحم وانشاز العظم امر باطني فيدار الحكم
على السبب الظاهر احتياطا في باب الحرمة وقوله في المدة يفيد ان التحريم لا يتعلق به اذا انقضت
المدة لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار الحرمة والبعضية الناشية
عن التغذي باللبن وذلك يختص بالمدة فان الكبير لا يتربى به وهل يعتبر الفطام قبل المدة
فيه روايتان اظهرهما انه لا يعتبر والاخرى انه يعتبر ان استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو
بغير الغذا وهل يباح الرضاع بعد المدة فيه خلاف والاظهر انه لا يباح لان اباحته ضرورة
لكونه لبن جزء الادمي قال ـــــ وهي ثلثون شهرا وقالا سنتان ونفينا الثلث قال
ابو حنيفة مدة الرضاع ثلثون شهرا وقالا سنتان لقوله تعالى يرضعن اولادهن حولين
كاملين وحمله وفصاله ثلثون شهرا فستة اشهر اقل مدة الحمل فبقي سنتان وله
ان اطلاق ما تلونا وروينا يقتضي ثبوت الحرمة مطلقا وقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال
عارضه وقد وقع الشك في وجود المعارض في نصف الحول الزائد لانه ما بعده فلا نرفع حكم
التحريم بالشك وهذا لانه ان اريد بقوله حمله حمل اليد حالا له على فايدة جديدة لاستفادة
حمل البطن من قوله تعالى حملته امه كرها لا يكون المعارض موجودا لان المدة المضروبة بين
ست لكل منها كالاجل المضروب للدينين وان اريد به حمل البطن فاما ان يكون المدة مشتركة
بينهما فيكون ستة اشهر للحمل والباقي للرضاع فيكون المعارض موجودا وان لم يكن مشتركة
ولكن قام المنقص في مدة الحمل لا يكون المعارض موجودا فيثبت الشك في وجوده مع التيقن
بالمقتضي للتحريم في نصف الحول فيثبت التحريم فيه واما قوله تعالى يرضعن اولادهن حولين
فالمراد استحقاق الام المبتوتة اجرة الارضاع فيها حتى لا يجب نفقة الارضاع على الاب بعد
الحولين ولو دفع الى المدة ثلث سنين ان الحولين هي مدة الاستحقاق للام وقوله تعالى فان
ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما يدل على جواز الارضاع بعد الحولين
ثم الفطام لا يحصل دفعة فلا بد من مدة يعتاد فيها الصبي مع اللبن الطعام الى ان ينقطع عنه
وينساه ويكون حكم تلك المدة حكم مدة الرضاع الا ان ابا حنيفة قدرها ستة اشهر ادنى
مدة الحمل اعتبارا للانتهاء بالابتداء فانها مدة يتغير فيها غذاء المولود من دم الحيض الى اللبن

فكذلك تعتبر في تغير الغذاء من اللبن إلى الطعام وزفر اعتبر الحول لأن الشرع اعتبره
في مواضع كثيرة لتغير الأحوال وانتقالها من حال إلى حال فإذا وجب اعتبار تمام الحول للتغير
حال الصبي وجب تكميله قال ـــــ وإذا أرضعت صبية حرمت أصول زوجها وأصولها
وفروعها وأخوتها وأخواتها لبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم
هذه الصبية على زوجها وآبائه وأبنائه ويكون المرأة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم منهم ومن
تأخر فلا يجوز أن يتزوج الرضيع أحدا من أولادها لأنهم إخوته ولا أولاد أولادها وإن سفلوا
لأنهم أولاد الإخوة وآباء المرأة أجداده وأمهاتها جداته من قبل الأم وإخوتها أخواله وأخواتها
خالاته ويكون زوجها الذي نزل اللبن منه لهذه المرضعة والدا وأولاده إخوته وأخواته وأمهاته
أجداده وجداته من قبل الأب وإخوته أعمامه وعماته لا تحل مناكحة أحد منهن كما في النسب
قال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقال عليه السلام ليلج عليك أفلح فإنه عمك
من الرضاعة ولأن الزوج سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطا قال
وإذا رضع صبيان من امرأة كانا أخوين لأن أمهما واحدة فإن كانا أنثيين لم يحل لأحد أن
يجمع بينهما وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرا صار الرضيعان
أخوين من أب قال ـــــ وإن اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين
الأم لتنتقل إلى الأخ والأم أصل في الحرمة ثم تتعدى منها قال ـــــ ولا يعتبر اللبن إذا غلبه
الماء أو الدواء أو لبن شاة وقال الشافعي إذا كان مغلوبا بحيث لا يتغذى به أصلا لا يتعلق به التحريم
وإذا صار مغلوبا بمائع فإن كان دون القلتين وشرب الصبي كله ففيه قولان وإن شرب بعضه
فقولان مرتبان وإن امتزج بقلتين فشرب الصبي بعضه لم يؤثر وإن شرب كله فقولان ووجه
تعلق التحريم وجود اللبن ووصوله إلى معدة الصغير حقيقة ولنا أن المغلوب غير موجود
حكما فإن المغلوب كالمعدوم ألا ترى أنه لو حلف لا يتناول لبنا فتناول ماء رجح على اللبن لا
يحنث وأما الدواء فإن كان غالبا على اللبن لم يتعلق به التحريم وإن غلب اللبن فالحكم للغالب
لأن اللبن حينئذ يكون مقصودا منه والدواء يستعان به على إيصال اللبن إلى ما لا يصل إليه
بنفسه فكان الاختلاط به أقوى في معنى التغذية به قال ـــــ وإن امتزج بلبن امرأة أخرى
تعلقت بها وهو رواية وهما بأغلبهما إذا امتزج لبن امرأتين وأحدهما غالب يتعلق التحريم
بأكثرهما وأغلبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر وهو رواية عن أبي حنيفة يتعلق
التحريم بهما جميعا لأن الجنس لا يغلب الجنس لأنه لا يصير مستهلكا به لبقاء ما هو المقصود الأصلي
منه ولهما أن الكل لما اختلط صار شيئا واحدا فيجعل الأقل تابعا للأكثر في بناء الحكم المترتب عليه

كما لو خلط بالماء أو بلبن الشاة قال بعض أصحابنا والأصح يتعلق التحريم بهما قال ـــــ وامتزاجه
بالطعام لا حكم له وإن غلب كالمطبوخ سواء هذا قوله وإن غلب على مذهبهما فعندهما إذا امتزج
اللبن بالطعام واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وإن كان مغلوبا فلا يتعلق وقيد بقوله كالمطبوخ هو
من الرواية على أن الخلاف في غير المطبوخ وأما فيما إذا طبخ فلا حكم له إجماعا سواء كان غالبا
أو مغلوبا لهما الاعتبار بالماء والدواء في امتزاجه بهما من حيث إن الحكم للغالب وله
أن اللبن صار تبعا للطعام لأن غير المائع يستتبع المائع ولهذا يؤكل ولا يشرب فصار الحكم
للمستتبع وهو الطعام ولهذا لا يثبت به الرضاع لو مسته النار قال ـــــ ويحرم به
بعد موتها إذا ماتت المرأة ولها لبن فحلبت وأوجر به صبي تعلق به التحريم عندنا وقال
الشافعي لا يتعلق به التحريم لأن المرأة هي الأصل في ثبوت الحرمة ثم تتعدى منها إلى غيرها والموت
يسقط المحلية ألا ترى أن وطئها لا يوجب حرمة المصاهرة ولأن الإيجار لبن الميتة حرام فلا
يكون سببا لحرمة المصاهرة وهي نعمة ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية باعتبار إنشاز العظم
وإنبات اللحم وهو قائم باللبن وإذا تحقق المعنى الموجب للحرمة ثبت وإن كان الإيجار حراما
على ما عرف في أصول الفقه فإن الحرمة يظهر في دفنها وتيممها فإنه إذا أوجر لبنها من صبية
وزوجها وليكان شخص يزوجها يمهر هذه الميتة يجوز له دفنها وتيممها وأما الحرمة في الوطء فلأن
محل الحرث زال بالموت فافترقا قال ـــــ ويتعلق بلبن البكر لا بلبن الرجل إذا نزل للبكر
لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم لإطلاق النص ولثبوت شبهة البعضية بالرضاع وأما
إذا نزل للرجل فأرضع منه صغير لم يتعلق به التحريم لأنه ليس بلبن حقيقة فلا يتعلق به النمو لأنه إنما
يتولد ممن يتصور منه الولادة قال ـــــ ولا بالاحتقان إذا احتقن الصغير باللبن لم يتعلق به التحريم
وروي عن محمد ثبوت الحرمة اعتبارا بفساد الصوم والفرق على ظاهر الرواية أن فساد
الصوم بوصول نافع للبدن إليه والدواء بواسطة الحقنة نافع له والمحرم في الرضاع معنى النشو
والنمو الموجب لثبوت الحرمة بين المرضع والرضيع ولا يحصل ذلك بالاحتقان بل بوصوله إلى المعدة
قال ـــــ ولو كانت ذات لبن فطلقت وانقضت عدتها فتزوجت أخرى فحبلت وأرضعت
فحكمه من الأول حتى تلد وبعده من الثاني إن كان نفيا لا منهما محمد يقول احتمال كونه
منهما فأثبت الحرمة احتياطا وأبو يوسف يقول إن علم كونه من الثاني إن كان دميا
فهو منه وإن كان غليظا ولم يتغير الحال فهو من الأول لأن الأمارات تستند إليها الأحكام
فيظهر ما هو مرتب على كل أمارة مقتضاها وأبو حنيفة يقول تيقنا بحكم الرضاع من الأول
ووقع الشك في الثاني فلا يرتفع اليقين بالشك وأما الزيادة والغلظ فهي بالنسبة للغذاء فلم

لا اعتبار بها قال ولو ارضعت امراته الكبيرة الصغيرة حرمتا لان الصغيرة بنت
للكبيرة رضاعا فحرم الجمع كالنسب قال فان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول بها قال وللصغيرة نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من
جهتها والارتضاع وان كان فعلها لكن ذلك غير معتبر في اسقاط حقها كما لو قتلت مورثها
قال ويرجع به على الكبيرة ويشترط له تعمد الافساد اذا استحقت الصغيرة نصف المهر عليه
رجع به على الكبيرة ان كانت قد تعمدت افساد النكاح بالارضاع وان لم تتعمد فلا شيء عليها عندنا
مع علمها بانها امراته وقال محمد في رواية وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله يرجع مطلقا
تعمدت ذلك او لم تتعمد لان هذا الواجب كان على شرف السقوط لجواز وقوع الفرقة من
جانبها قبل الدخول فاكدته بالرضاع فنزل منزلة الاتلاف فضمن له بمنزلة شهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا ولنا انها وان اكدت ما كان بعرضية السقوط لكن اضافة الضمان
اليها انما تثبت بقيامها بالاتلاف اما بطريق المباشرة او التسبيب ولم يوجد منها المباشرة لان
النكاح ارتفع بالجمع بين الام والبنت فلما كان بفعلها الارضاع جامعا كان الفساد مضافا اليه
والتسبيب يتوقف على صفة التعدي كحفر البئر وانما يكون متعديا بواسطة قصد الافساد
ولم يوجد فلم يتحقق شرط الضمان قال ولو ارضعتها اجنبية على التعاقب ولا يحل
اذا كانت له امراتان رضيعتان فارضعتهما اجنبية حرمتا جميعا وقال الشافعي حرمت
الثانية وفي الاولى قولان لان الاجنبية صارت بارضاع الثانية محرما كما لو تزوج احدى
الاختين ثم يتزوج الثانية لا يصح نكاح الثانية ولنا ان الموجب لفساد النكاح ثبوت
الاختية وهي ثابتة بينهما والحال على السواء فيعمهما الفساد لعموم العلة قال ولو قال هذه
رضيعتي ثم اعترف بالخطا صدق فيه اذا قال الرجل مشيرا الى امراته هذه اختي من الرضاع
او امي او ابنتي ثم قال اخطات او اوهمت صدق في ذلك وقال الشافعي لا يصدق ويفرق
بينهما وهو القياس لانه اقر بسبب الحرمة فلا يسمع منه الرجوع كالطلاق وصار كما لو قال
عقيب اقراره هو حق او اشهد عليه ثم رجع ولنا وهو الاستحسان انه عالم يشاهد سببه
يقينا واحتمال وقوع الخطا فيه قائم فيصدق بخلاف ما لو ثبت على الاقرار باعترافه انه
حق لمكان المناقضة بدعوى الغلط بعد ذلك والاشهاد بمنزلة الثبات على الاقرار بل اكد
قال ولا يثبت الرضاع الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لا تقبل في الرضاع شهادة
النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان ثبوت الحرمة من لوازم
زوال الملك في باب النكاح ثم الملك لا يزول بشهادة النساء منفردات فلا تثبت الحرمة

بخلاف اللحم لو اخبره مخبر بانه ذبيحة مجوسي لان الحرمة ثمة لا تلازم زوال الملك لثبوت حرمة
التناول مع بقاء الملك في العين وكان امرا دينيا يسمع فيه قول الواحد ولو شهدت امراة
واحدة قبل النكاح انها ارضعتهما فلا ... هذا فلانه ... لا يصح حتى يصح لانه ... يريد ان يتزوج
تلك المراة لان هذه الشهادة تتضمن بطلان حق الحفظ الثابت بالاصل وله ولاية التكذيب
بناء على ان الرضاع في العادة يقع مشهورا فلو كان ثابتا لاشتهر فعدمه دليل على عدمه ظاهرا
عادة والتكذيب بناء على هذا الظاهر بخلاف ما لو شهد واحد رجلا وامراة على نجاسة الماء
او كون اللحم ذبيحة مجوسي حيث يقبل وان كانت الشهادة متضمنة بطلان حقه الثابت وهو
حل التناول لعدم الولاية للتكذيب ههنا لخفاء طريق النجاسة والذبح فيكون التكذيب
جزافا غير مستند الى الظاهر فلم يعتبر

كتاب الطلاق

الطلاق في اللغة ازالة القيد من الاطلاق يقول اطلقت ابلي واسيري وطلقت امراتي وهو
في الشرع رفع الحل الذي به صارت المراة محلا للنكاح اذا تم العدد ثلثا وزوال الملك باعتبار
سقوط اليد عند انقضاء العدة في المدخول بها ولعدم العدة عند عدم الدخول والاعتياض
عند الخلع فالاسم شرعي فيه معنى اللغة وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول
قال تعالى فطلقوهن لعدتهن وقال عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي
والاجماع منعقد على وقوعه ولان استباحة البضع ملك الزوج فملك ازالته كسائر الاملاك ولان
شرعية النكاح لتحصيل المصالح الدينية والدنياوية وربما انقلبت مفاسد فيصير البقاء على النكاح
مستلزما المفاسد من التباغض والتنافر والعداوة فشرع الطلاق دفعا لتلك المفاسد واذا
اوقع لغير حاجة كان مباحا مكروها قال عليه السلام ابغض المباحات الى الله تعالى الطلاق واحبها
اليه العتاق قال اذا اوقع طلقة في طهر لم يجامعها فيه وتركها حتى تنقضي عدتها
فذلك احسن الطلاق الطلاق ينقسم الى احسن الطلاق والى طلاق السنة والى طلاق البدعة
فاحسن الطلاق ان يطلق الرجل امراته طلقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى
تنقضي عدتها لما روى ابرهيم النخعي ان الصحابة كانوا يستحبون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة
ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضي عدتها وفي رواية فكان ذلك احسن عندهم من ان يطلق
الرجل ثلثا في ثلثة اطهار ولان ذلك ابعد من الندامة فانه اذا نازعها ربما حلت فاذا
طلقها ثم طهر الحبل ندم وكلما كان ابعد من الندامة كان اقرب الى الاباحة الا ترى ان في ايقاع
الثلث قطع باب التدارك والتلافي وفيه معارضة الشرع فان الاسقاط في الاصل لا يتعدد

كالعتاق وانما جعل الشرع الطلاق متعددا لمعنى التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت
هذا المعنى على نفسه وقد حصله الشرع له كما في حالة الحيض فلما كان لتفويت التدارك اثرا
في الحرمة كان لما هو احد منه اثرا في الاباحة بالضرورة قال ـــــ وان وقع ثنتين او ثلثا
دفعة في طهر واحد وقع وبحمله بدعة هذا هو طلاق البدعة وهو ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة
او ثنتين بكلمة واحدة او يوقع الثلث او الثنتين في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق
وكان عاصيا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له انه تصرف مشروع ولهذا ترتب عليه حكمه والمشروعية
مع الحظر لا يجتمعان بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان الحرام ثمه تطويل العدة عليها لا نفس
الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع مصالح النكاح والاباحة لضرورة
الحاجة الى الخلاص وهو حاصل بدون الجمع بين الثلث فكان في الجمع اضاعة حق نفسه من
غير حاجة فيكره ولا ينافي بين المشروعية باعتبار ذات الطلاق وبين الحظر لمعنى في غيره
واما تفريق التطليقات على الاطهار فبناء على قيام دليل الحاجة فان الحاجة في نفسها باطنة فقد
لا يتمالك نفسه ان يقع في شبكتها ثانيا بالمراجعة فيريد سد الباب على نفسه بالثلث فامكن
فاقيم الدليل عليها وقد اختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل اخطأ السنة لعدم
الحاجة الى اثبات هذه الصفة الزائدة في الخلاص وذكر في الزيادات انه لا يكره نظرا
الى وجود الحاجة الى الخلاص ناجزا قال ـــــ وان فرقها في ثلثة اطهار فالسنة
وتحصل هنا في الواحدة هذا هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة
اطهار وقال مالك رحمه الله هذا بدعي وليس طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة ويصبر
حتى تنقضي عدتها لان الاصل فيه هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وهو حاصل بالواحدة
ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها
لكل طهر تطليقة ولان الحكم يدور مع دليل الحاجة والاقدام على الطلاق في الطهر الخالي
عن الوقاع وهو حال تجدد الرغبة دليل على شدة الحاجة فكانت مكررة بدلالة تكرر الاقدام
ثم قيل ان الاولى هو التاخير الى اخر الطهر تحرزا عن تطويل العدة وقيل وهو الاظهر ان
يطلقها كما طهرت لانه اذا اخر فقد يجامعها ومن قصده ان يفارقها فيوقع الطلاق عقيب
الوقاع فيخرج عن السنة قال ـــــ واذا قال للمدخول بها انت طالق ثلثا للسنة تقسمت
على الاطهار واعتبرنا نية الجمع اما الاول فلان اللام في قوله للسنة للوقت اي لوقتها ووقت السنة
طهر خال عن الجماع فيقسم على ثلثة اطهار لما مر واذا نوى وقوع الثلث في الحال صحت نيته عندنا
وقال زفر لا يصح ويتفرق على اوقات السنة لانه نوى ما لا يحتمله لفظه لان نية الجمع بدعة فلا

من لفظه السنة ولنا ان السنة على نوعين سنة في الايقاع وسنة في الوقوع بمعنى الثلث جملة
هو معلوم من السنة مذهبا لا احلها بقوله صلى الله عليه وسلم للذي طلق امراته الفا الثلث يكفيك
والباقي رد عليك فاذا نوى الثاني صحت نيته لانه يحتمل لفظه قال ـــــ وتعليل السنة في العدد المدخول
بها وغيرها وتحقق في الوقت المدخول بها بان يطلقها في طهر خال عن الوقاع طلاق السنة
على نوعين سنة من حيث العدد وسنة من حيث الوقت فالسنة من حيث العدد يستوي فيها
المدخول بها وغير المدخول بها كما مر الكلام فيه واما السنة في الوقت فيختص بالمدخول
بها وهو ان يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه وهذا لا يتصور الا في المدخول بها خاصة
لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن
الوقاع اما زمان الحيض فهو زمان النفرة فلم يتحقق دليل الحاجة قال ـــــ واجزنا طلاق
غير المدخول بها في الحيض من غير كراهة غير المدخول بها يجوز طلاقها في حال الحيض عندنا
وعند زفر يكره لان قيام النفرة الطبيعية والمنع الشرعي فيه لا يختلف بالدخول وعدمه فصارت
كالمدخول بها ولنا ان الرغبة لا تفتر عن غير المدخول بها حائضا كانت او طاهرا حتى يحصل
مقصوده بخلاف المدخول بها فان طهرها هو زمان تجدد الرغبة ولان كراهة الطلاق
في حق المدخول بها حالة الحيض لمعنى تطويل العدة وهذه المعنى مفقود في حق غير المدخول بها
والمسئلة من الزوائد قال ـــــ وان كانت لا تحيض لصغر او كبر طلقها للسنة واحدة واحرناها
عقيب الوقاع كالحامل ثم بعد كل شهر اخرى اذا كانت المراة لا تحيض من صغر او كبر فاراد
ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى
لقيام الشهر مقام الحيض في حقها خاصة دون الطهر في الاصح الا ترى انه تقدر الاستبراء
في حق الايسة بشهر والاستبراء بالحيض يقع لا بالطهر وله ان يطلقها عقيب الوقاع
وقال زفر لا يطلقها في الحال لكن بعد شهر لان الشهر قائم مقام حيضة فوجب الفصل
بين الوطء والطلاق بالحيض ولان بالوطء تفتر الرغبة وانما تتجدد بالزمان ولنا ان الايسة
والصغيرة عدتهما بالاشهر فيباح ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع بمنزلة الحامل لان
ايقاع الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض انما كره لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة وهذا
المعنى مفقود هنا والرغبة وان قلت من جهة فلا تفتر من جهة اخرى وهو ان وطيها
غير معلق ففي الرغبة كزمان الحبل وقوله كالحامل تنبيه على حكم ايقاع الطلاق في حقها فيجوز
عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة مع ان زمان الحبل زمان الرغبة من جهة
ان وطيها غير معلق فرارا من موت الولد ومن جهة الرغبة فيها لمكان ولده منها فلا تفتر

الرغبة بالجماع قال وتحل طلاقها للسنة واحدة وقالا ثلثا تخلل كل طلقتين شهرا
اذا اراد ان يطلق الحامل للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى واذا مضى شهر اخر
طلقها اخرى وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وانما
ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة بناء على تجدد دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وانما تتجدد الرغبة بتخلل زمان تفتر فيه الرغبة كزمان الحيض والشهر في الايسة والصغيرة
اقامه الشرع مقام الحيض وزمان الحمل كله زمان تجدد الرغبة لانها لا تخلل زمان الفترة فلا تكون
الشهر من فصول العدة في حقها فصارت كالممتدة الطهر ولهما ان اباحة الطلاق تعلل
بالحاجة والشهر دليل الحاجة كما في حق الايسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على الطبيعة
الصحيحة فصلح علما ودليلا واما الممتدة الطهر فالعلم هو الطهر وهو مستمر موجود فيها بخلاف
الحامل ولا اعتبار بفصول العدة فانه لو قال لامرأته الصغيرة انت طالق ثلثا للسنة تقع عليها في الحال
واحدة فاذا مضى شهر وقعت طلقة اخرى فاذا مضى شهر اخر وقعت اخرى ثم اذا حاضت يلزمها
استيناف العدة والتطليقات الثلاث وقعت على وجه السنة فعرفنا انه لا اعتبار بفصول
العدة بل الحامل لا تحيض والشهر في حق من لا تحيض فصل من فصول العدة في حق انقضاء العدة
وتفريق الطلاق ولكن في حق انقضاء العدة وجدنا ما هو اقوى من الشهر وهو وضع الحمل
وفي حق التفريق بالطلاق لم نجد ما هو اقوى من الشهر فبقي الشهر فصلا من فصول العدة
في حق تفريق الطلاق وان لم يبق في حق انقضاء العدة كما في الصغيرة اذا حاضت قال ولو
قال كلما ولدت فانت طالق للسنة فولدت ثلثة في بطن حكم بواحدة عقيب الاول وبانقضاء
عدتها بالثالث والثانية ان يزوجها لا غير وقالا يقع واحدة بعد نفاسها واخرى في طهر من
رجل قال لامرأته كلما ولدت ولدا فانت طالق للسنة فولدت اولادا في بطن واحد قال محمد رحمه
الله يقع طلقة واحدة عقيب ولادة الولد الاول ثم لا يقع بولادة الثاني شيء بل يكون مضافا
الى وجود زمان السنة وتنقضي عدتها بوضع الثالث ولا يقع به شيء ولا يكون مضافا فان تزوجها
بعد ذلك وقعت تلك الطلقة الثانية المضافة الى زمان السنة ثم لا يقع بعدها شيء وقال ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله اذا تعالت من نفاسها بعد ولادة الثالث وقعت واحدة فاذا حاضت
وطهرت وقعت الثانية واذا حاضت اخرى وطهرت وقعت الثالثة وهذا الخلاف بني على
اصلين احدهما ان الحامل لا تطلق للسنة الا واحدة عند محمد وعندهما تطلق للسنة ثلثا تفصل
بين كل تطليقتين بشهر والاصل الثاني ان النفاس بين الولدين لا يعتبر عند محمد وزفر وعندهما
من الولد الاول فعلى هذا اذا ولدت الاول فالزمان المتعقب لها زمان السنة عنده لانها ليست

نفساء وهي حامل فتطلق للسنة واحدة ثم تفوت زمان السنة في حقها لانها لا تطلق عنده
اكثر من واحدة فاذا ولدت الثاني لم يقع شيء لان بفوات وقت السنة لكن تصير مضافا الى
زمان السنة فاذا وضعت الثالث وهي حامل بطلقة انقضت عدتها بوضع الحمل فان تزوجها بعد
ذلك طلقت الثانية المضافة لوجود وقت السنة الان ثم لا يقع شيء بعد ذلك لان الكلام الثالث
الذي صار كالملفوظ به عند ولادة الثالث صادف حال انقضاء العدة فلم ينعقد واما عندهما
فالنفاس لما كان من الولد الاول لم يكن الزمان المتعقب له زمان السنة لكونها نفساء فتصير
مضافا الى زمان السنة ولما كانت الحامل تطلق عندهما للسنة ثلثا تصير الطلاق الثاني
عند وضع الثاني مضافا الى زمان السنة وكذلك الثالث بوضع الثالث فاذا تعالت من نفاسها
وجد زمان السنة فتنجز الطلاق الاول المضاف فاذا حاضت وطهرت تنجز الثاني ثم الثالث
قال واذا طلق في الحيض وقع بدعيا ويستحب الرجعة لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وحال
الحيض ليس حال عدة الطلاق لو وقع منه ما نفاق لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن
عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته حائضا مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شا
طلق وان شا امسك فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النسا وفي رواية اخطا السنة
مره فليراجعها فامره بمراجعتها واخبر ان حال الطهر هي حال العدة التي امر بالطلاق فيها وفي
حديث اخر ان عمر قال يا رسول الله ارايت ان طلقتها ثلثا قال اذا بانت منك وعصيت
ربك وفيما رويناه دليل على استحباب الرجعة وكون الطلاق في الحيض محرما الا انه لما كان
التحريم لمعنى في غيره وهو ما فيه من اذاها بتطويل العدة عليها كان الطلاق واقعا لان النهي
لمعنى في غيره لا يمنع وقوع المنهي عنه كالنهي عن البيع وقت النداء وكما في ايقاع الثلث
جملة من حيث سد باب التدارك الذي لاجله شرع تعدد الطلاق على ان الامر بالمراجعة
دليل وقوع الطلاق ضرورة ولانه ازالة الملك فلم يختص وقوعه بزمان دون زمان كالعتق
ثم مذهب مالك رحمه الله ان الطلاق في الحيض ان كان رجعيا اجبر على المراجعة اخذا بظاهر
الامر في قوله فليراجعها ولان المراجعة معالله بدفع الضرر عنها فكان واجبا واصحابنا
والشافعي جعلوا ذلك مستحبا وحملوا الامر في ذلك على الندب لان عقد النكاح في نفسه
من المباحات والمندوبات والرجعة الى فعل مباح او مندوب لا يكون واجبا قال
ثم الطهر الذي يليه لا يكره الطلاق فيه وكذا الطلقتان تخللهما رجعة في طهر او شهر
والثلث للسنة في حال منها شيء وقالا لا تتوزع على الاطهار هذه اربع مسائل منشا الخلاف
فيها اصل واحد الاولى اذا طلق امرأته المدخول بها حال الحيض وراجعها ثم طهرت فطلقها

في هذا الطهر فعند أبي حنيفة لا يكره وقالا هو بدعة والسنة أن ينتظر الطهر الثاني
والثانية طلق امرأته في الطهر ثم راجعها فيه أيضاً لا يكره عنده خلافاً لهما والثالثة
طلق امرأته الآيسة في شهر ثم راجعها فيه ثم طلقها ثانية فيه أيضاً لا يكره عنده خلافاً لهما
والرابعة إذا مس امرأته بشهوة وقال لها أنت طالق ثلاثاً للسنة تقع في الحال متواليات
عنده وعندهما يقع واحدة في هذا الطهر وثنتان في طهرين آخرين ومنشأ الخلاف أن
حكم الطلاق يرتفع بالرجعة عنده ويصير كأن لم يكن وعندهما لا يرتفع لهما أن عدد الطلقات
أضعف بالطلاق الأول وهذا الحكم باق أبداً ولأن الطهر الواحد والشهر الواحد بالطلاق الواحد
خرج من أن يكون محلاً للطلاق في السنة ألا ترى أنه لو أوقع الثاني قبل الرجعة كره فكذا بعدها
لأن الزمان لا يتجدد بها وكذا لو خرج الطهر المعقب للحيض من أن يكون محلاً للسنة كما
خرج بالوطء ولهذا لو طلق فيه قبل الرجعة كره وبالرجعة لم يتجدد الوقت ولأن السنة أن
يفصل بين كل تطليقتين بحيضة تامة والفاصل ههنا بعض تطليقة فيكمل بالثانية وهي
لا تتجزى فكملت والشهر يقوم مقامها حكماً وله أن حكم الطلقة الأولى ارتفع
في حق هذا الحكم من حيث أن الكراهية إنما تثبت باعتبار عدم الحاجة إلى الثانية لأن
الأول انعقد سبباً لوقوع الفرقة عند انقضاء العدة وههنا انعدم دليل الحاجة لأن الأولى
بالرجعة لم يبق سبباً لوقوع الفرقة عند انقضاء العدة فانتفت الكراهة لوجود الحاجة وأصل
الكراهة قبل الرجعة باعتبار الجمع فإذا ارتفع حكم الأول انتفى الجمع وفي المسألة
الرابعة يجعل مسه لها بشهوة عند وقوع الطلقة الأولى رجعة وكذلك عند الثانية
وتبين بالثالثة ه

فصل في إيقاع الطلاق

قال ويقع طلاق غير الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل
طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون ولأن العقل شرط الأهلية وقد عدم وأما النائم فإن كان
أهلاً لكنه عديم الاختيار قال ومن الأخرس بالإشارة الأخرس يقع طلاقه بالإشارة
لمساس الحاجة إلى الحكم بإيقاع طلاقه لحاجته إليه فأقيمت إشارته المعهودة منه مقام
عبارته دفعاً لحاجته قال ويقع طلاق السكران والمكره أما طلاق السكران
فواقع عندنا واختار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي والصحيح من مذهبه
الوقوع وجه عدم الوقوع أن القصد إلى الطلاق يعتمد صحة العقل والعقل زائل فصار
كما لو زال بدواء أو بنج ولنا أن السكران من الخمر والنبيذ إذا زال عقله بسبب

هو معصية يجعل عقله باقياً حكماً زجراً له وهذا إذا لم يزل بتجدد صداع عقيب
الشرب حتى لو شرب فصدع فزال عقله بالصداع لم يقع طلاقه لأن الزوال حينئذ ليس
بسبب هو معصية واختيار الإمام أبي الفضل الكرماني رحمه الله أن الفتوى على قول الطحاوي
والكرخي وأحد قولي الشافعي رحمهم الله وأما طلاق المكره فواقع عندنا وقال الشافعي
لا يقع لأن قصد الإيقاع يعتمد صحة الاختيار والمكره عديم الاختيار بخلاف الهازل لكونه
مختاراً للتكلم بلفظ الطلاق ولنا ما روي أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست
على صدره ومعها شفرة وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا قتلتك فناشدها الله أن لا تفعل
فأبت فطلقها ثلاثاً ثم ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق
ولأنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته باختياره لأنه عرف الشرين فاختار أهونهما إلا أنه
غير راض بحكمه فكان كالهازل ثم عندنا كل ما صح فيه شرط الخيار فالإكراه يؤثر
فيه كالبيع والإجارة ونحوهما وما لا يصح فيه الشرط لا يؤثر فيه الإكراه كالنكاح والطلاق
والعتاق ونحوه قال ويعتبر عدده بالنساء لا بالرجال عدد الطلاق معتبر بالنساء
عندنا فطلاق الأمة ثنتان حراً كان زوجها أو عبداً وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها
أو عبداً وقال الشافعي اعتباره بالرجال حتى لا يملك العبد أن يطلق امرأته ثلاثاً
حرة كانت أو أمة ويملك الحر الثلاث حرة كانت امرأته أو أمة لقوله عليه السلام الطلاق
بالرجال والعدة بالنساء ولأن الملك من صفات الكمال لانتفائه عن التكرير المحض بالآدمي
والعبد أدنى من وجه والحر أدنى من كل وجه فكان أحق بالمالكية الكاملة
والعبد بالناقصة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان
الطلاق تصرف في ملك النكاح الثابت للحل القائم بالمحل والحل في الأمة على النصف منه
في الحرة فثبت الملك بقدره ليتمكن من إبطاله فلا يزيد على قدر الملك لاستحالة إبطال
ما ليس بثابت إلا أن الطلقة لا تتجزى فتكاملت كالحيضة وما رواه محمول على أن الإيقاع
بالرجال قال ومن ملك امرأته أو شقصاً منها أو ملكته أو شقصاً منه وقعت
الفرقة بينهما لأن المالكية تمنع ابتداء النكاح فتمنع البقاء كالمحرمية والمصاهرة والرضاع
قال ولو اشتراها ثم أعتقها فطلقها في العدة أو خرجت مسلمة ثم خرج بعدها وطلقها
تلحقه فيها واقعة ها هنا مسألتان الأولى امرأة حرة لها زوج عبد فاشتراها ثم أعتقها
فطلقها تلحقه فيها واقعة ها هنا مسألتان الأولى امرأة حرة لها زوج عبد فاشتراها
ثم أعتقها فطلقها وهي في العدة لا يقع الطلاق عند أبي يوسف آخراً وقال محمد يقع

وهو قوله اولاً لان كونها في العدة يقتضي مالكية الطلاق لا انه كان يعارضه قيام ملك اليمين
المنافي لمالكية الطلاق فلم يعمل فاذا اعتقه سلم المقتضي عن المعارض فيقع الطلاق لحصوله ممن
يملكه ولابي يوسف ان مالكية الطلاق ارتفعت بملك اليمين لانه منافيها من حيث انه ينافي النكاح
الذي هو شرط لمالكية الطلاق والمنافي للشرط مناف للمشروط واذا ارتفعت وزالت بالمنافي فلا
تعود المسئلة الثانية اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ثم خرج زوجها فطلقها لم يقع
عند ابي يوسف وقال محمد يقع لان كونها في عدته عن النكاح يقتضي مالكية الطلاق له
ولا معارض فيترتب عليه موجبه ولابي يوسف ان تباين الدارين يستلزم البينونة بينهما
وزوال ملكه عنها فاذا زال النكاح الذي هو شرط مالكية الطلاق زالت مالكية الطلاق
فلا تعود ولا شيء لابي حنيفة قول في هذه المسئلة لانه لا عدة عليها عنده على ما مر
قال ولم يفرقوا بتفريق الحكمين اذا تشاجر الزوجان فبعثا حكمين بينهما فاجتمعا
وتكلما ورأيا المصلحة في التفريق بينهما ففرقا صح ذلك عند مالك لرضاهما بحكمهما
وعندنا لا يقع لان رضاهما انما كان بما فيه اصلاح ذات بينهما كما قال تعالى ان
يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما

فصل في الصريح والكناية واضافة الطلاق الى الزمان

قال ولا يحتاج صريحه الى نية كطالق ومطلقة وطلقتك ويقع واحدة
رجعية ويلغى فيه الثلث والثنتين ويقع بانت الطلاق وطالق الطلاق وطلاقا واحدة
الا ان ينوي الثلث والغينا الثنتين ش الطلاق ينقسم الى صريح وكناية فالصريح
لا يحتاج الى نية لكون اللفظ مستعملا فيما وضع له شرعا فكان حقيقة فيه فاستغنى
عن النية والصريح نوعان فالاول انت طالق ومطلقة وطلقتك والنوع الثاني
انت الطلاق وانت طالق الطلاق وانت طالق طلاقا فاولت طلاق فالصريح كله
يعقب الرجعة لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن ولو نوى الابانة فهو رجعي لانه
نوى ضد ما وضع له شرعا فيلغوا والاول من النوعين لا يصح فيه نية الثلث ولا
الثنتين عندنا وقال الشافعي يصح لانه نوى ما يحتمله لفظه فانه اذا قال انت طالق
واحدة او ثنتين او ثلثا انتصبت هذه على التمييز والتمييز يعين احد محتملات اللفظ
كما في الكنايات ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان طالق نعت لفرد فيقال للواحد
طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالق ونعت الفرد لا يحتمل العدد لانه ضده واسباب
واحدة وثنتين ليس على التمييز لو نوع ذلك معرفا في قول القايل انت طالق الطلاق وطالق

التطليقات الثلاث وانما انتصب لفظيا من مقام المصدر اي طالق تطليقة واحدة
او طالق تطليقتين او ثلث تطليقات والمنويات جميعا لا ضرورة لاصل الكلام
اليها ولا دلالة عليها دلالة لفظية فلم يكن من محتملات اللفظ بخلاف الكناية لتنوع
نفس اللفظ كبائن الى بينونة كاملة وناقصة ومطلق اللفظ يحتمل نوعيه فصحت نية الكاملة
منها واما النوع الثاني فيقع به واحدة رجعية لما ذكرنا في النوع الاول
وفي هذا النوع ذكر المصدر وانه يريده بالكثرة لو وقع به اولى وفي قوله انت الطلاق
وصفها بالمصدر مبالغة كرجل عدل اي عادل وامرأة طلاق اي طالق كتب الكسائي
رحمه الله الى محمد بن الحسن رحمه الله ما قول القاضي الامام في رجل قال لامرأته
فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم فانت طالق
والطلاق عزيمة ثلث ومن يخرق اعق واظلم كم يقع من الطلاق ولو قال ثلثا بالنصب
كم يقع فكتب اليه محمد رحمه الله ان كان قال ثلث بالرفع يقع واحدة ويكون ثلث
خبر قوله والطلاق وان كان قال ثلاثا بالنصب يقع ثلث تطليقات فانه صفة
لتطليق مضمر اي انت طالق تطليقات ثلثا وفيه الثلث وهذا النوع صحيحه
دون نية الثنتين خلافا لزفر وخلافه مبني لزوائد له انه اذا صحت نية الثلث
استلزم ذلك صحة نية الثنتين لانها بعض الثلث ولنا انه ذكر المصدر وهو
واحد فوجب مراعاة الوحدة فيه اما حقيقة واما حكما فعند الاطلاق وجب حمله
على الواحد حقيقة وحكما لكونه مشتقا منه وعند نية الثلث يحمل على الثلث لانه
واحد حكما باعتبار انه كل الجنس والجنس كله شيء واحد باعتبار دانه وان استعمل
على الافراد المتعددة واما نية الثنتين ففيه العدد المحض وليس فيه واحد حقيقة
ولا حكمية فلم يصح لان الفرد لا يحتمل العدد فكان نوى ما لا يحتمله لفظه حتى لو كانت المطلقة
امة صحت النية لان الثنتين كل جنس طلاقها كالثلث في الحرة قال
ويقصر الكناية اليها حالة الرضا كانت بتة بتلة حرام حبلك على غاربك الحقي باهلك خلية
برية وهبتك لاهلك سرحتك فارقتك امرك بيدك انت حرة تقنعي استتري تخمري
اخرجي اعزبي اذهبي ابتغي الازواج وبقع حالة مذاكرة الطلاق في القضاء بما يصلح جوابا
لا ردا اما ان ذكرها صدقت فيما يصلح لهما وصدق في حالة الغضب الا فيما يصلح جوابا
لا غير ويجعلها بوائن الا في اعتدي واستبرئي رحمك وصح فيه الثلث والغينا الثنتين ولم يوقعوا بها
ثلثا ولم يخصوا فيه الواحدة بغير المدخول بها واوقعنا بانت واحدة واحدة رجعية

كاعتدي استبري رحمك لا باينة ه النظر في الكنايات من حيث الفاظها ومن
حيث احوال اللافظ ومن حيث موجباتها واحكامها وهذه الجملة مشتملة على ذلك مع ما
فيها من الاختلاف اما ما يتعلق بالفاظها فنقول هي على ثلثة اقسام منها ما يصلح جوابا
لا غير وهي ثلثة امرك بيدك اختاري اعتدي ومنها ما يصلح جوابا وردا لا غير
وهي سبعة اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري ومنها ما يصلح جوابا وردا
وشتما وهي خمسة خلية برية بتة باين حرام واما ما يتعلق باحوال اللافظ فثلثة احوال
حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب اما حالة الرضا فلا
يقع الطلاق بشي من هذه الالفاظ الا بالنية لانها الفاظ غير موضوعة للطلاق
بل تحتمله وتحتمل غيره ولا دلالة على المراد من حال ظاهرة فلا بد من النية لتعيين المراد
والقول قوله في انكار النية مع يمينه لانها لا تعلم الا من جهته والقول قول الامين
مع اليمين واما في حال مذاكرة الطلاق فيقع الطلاق في القضاء بما يصلح جوابا لا غير
لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والنية انما تراد لتعيين المراد وحالة
مذاكرة الطلاق ادل على الطلاق من النية لكونها باطنة والحالة ظاهرة فاذا انكر
ارادة الطلاق فقد اراد ابطال حكم الظاهر فلا يصدق لكن يدين فيما بينه وبين الله
تعالى وان كان باللفظ بما يصلح جوابا ويصلح ردا فانكر النية صدق لان تلك الالفاظ
تحتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه واما في حالة الغضب فاذا انكر النية صدق
في الكل الا فيما يصلح جوابا ولا يصلح للسب والرد فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل
على ارادة الطلاق فيحمل طلاقا واما النظر في احكامها فنقول الفاظ الكنايات فيما
يرجع الى ترتيب الاحكام عليها قسمان الاول ما عدا الالفاظ الثلثة التي يقع بها الطلاق
الرجعي وهي انت واحدة واعتدي واستبري رحمك فيقع بما عداها الطلاق باينا
ويصح فيه الثلث ولا يصح فيه الثنتين فيقع بها باينة ايضا وقال الشافعي الكنايات
كلها رواجع وقال مالك يقع بها الثلث عند نية الطلاق وفيه الواحدة بخصوصه
بغير المدخول بها لان غير المدخول بها تبين بالواحدة في الصريح وتحرم فكذلك بالكناية
واما المدخول بها فاذا طلقها بلفظ الكناية فمقتضاه التحريم والحرمة لا تثبت
الا بالثلث وللشافعي رحمه الله ان الواقع بهذه الالفاظ طلاق لكونها كنايات عنه
ولهذا اشترطت النية وانتقص عدد الطلاق فيكون معقبا للرجعة كالصريح ولنا
في انها بوائن غير الالفاظ الثلثة ان تصرف الابانة صادر من الاهل مضاف الى المحل

عن ولاية شرعية ماسة الى اثباتها صيانة لنفسه عن الوقوع في عهدتها بالمراجعة
من غير قصد وهذه الالفاظ ليست كنايات عن الطلاق حقيقة فان الكناية ان
تقصد معنى فتعبر عنه بغير لفظه ولا تريد لفظ الكناية كقولك فلان كثير الرماد
طويل النجاد تريد وصفه بكثرة القرى والشجاعة لا بكثرة الرماد حقيقة ولا بطول النجاد
وهذه الالفاظ عاملة بحقايقها فان قوله باين اذا اريد به احد نوعي البينونة وهو البينونة
من النكاح دون العمل مثلا وجبت البينونة بحقيقة قوله باين لا بالطلاق وانما سميت كنايات
لانها تفتقر الى النية فاذا تعين المراد عملت بحقايقها واما انتقاص العدد فلثبوت
الطلاق في ضمن ثبوت البينونة المقصودة ثم لما كان المقصود بها هو البينونة وهي منقسمة
الى غليظة وخفيفة فعند الاطلاق يتعين الخفيفة للتيقن بها واذا نوى الغليظة بالثلث
وقعت واما نية الثنتين فتصح عند زفر لما ان صحة الثلث يستلزم صحة الاثنين لانها بعضها
وعندنا لا يصح وتقع واحدة بائنة لان الثنتين عدد واللفظ لا يحتمل العدد فان قوله حرام
او باين كلمة واحدة ليس فيها احتمال التعدد بل المراد عند النية وقوع الحرمة وهي
منقسمة الى غليظة وخفيفة فيحمل عند الاطلاق على الخفيفة للتيقن بها فاذا اراد الغليظة
وهي الثلث في الحرة تعينت بقصده والثنتان لا حرمة بينهما في حق الحرة فلم يصح ارادتهما
في لفظ لا يحتملهما بخلاف الامة لثبوت الحرمة الغليظة في حقها بالثنتين وصاحب المنظومة
صور الخلاف في قوله انت حرام والخلاف في الالفاظ كلها كما ذكره صاحب الهداية
اما القسم الثاني فالالفاظ الثلثة وهي اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة
يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة اما الاولى فلانه عليه السلام قال
لسودة بنت زمعة اعتدي ثم راجعها ولانه امر بالاعتداد فيحتمل الاعتداد
عن الطلاق بناء على وجود الطلاق سابقا عليه كانه قال طلقتك فاعتدي ويحتمل
اعتدي نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين وكان الطلاق مضمرا فيه فاعقب الرجعة
واما الثانية فلان الامر بالاستبراء مستعمل في الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه
فكان بمنزلته فيكون امرا بالاستبراء بناء على سبق الطلاق ويحتمل ان يكون امرا به ليطلقها
فاذا نوى الاول تعين معقبا للرجعة واما الثالثة وهي قوله انت واحدة فعند زفر تقع
بها طلقة بائنة لانها من الفاظ الكنايات لافتقارها الى النية فتعتبر بساير الكنايات
ولنا ان كونها من الكنايات باعتبار انه نوى يحتمل لفظه وهو الطلاق وان وصفها
بالوحدة اي بالتوحد في قومها او حسنها فكانه قصد ان يقول انت ذات طلقة واحدة

فالواحدة نعت للطلقة المحذوفة التي اضيف اليها ثلاث وحذف المضاف والمضاف
اليه جميعا واقيمت الصفة مقام المضاف كقول كعب بن زهير

وما سعاد غداة البين اذ رحلوا الا اغن غضيض الطرف مكحول

اي الامثل غلام اغن فيقع بهذه اللفظة عند ابي حنيفة ما يقع بقوله انت طالق طلقة واحدة
وذلك معقب للرجعة وقد قال بعض اصحابنا اذا اعرب الواحدة لا يقع شي وان نوى لانه صفة
لشخصها وان نصب تقع واحدة وان لم ينو لانه نعت مصدر محذوف كانه قال انت طالق
طلقة واحدة وان وقف بدون اعراب افتقر الى النية الا ان الصحيح ما ذهب اليه عامة
المشايخ في ان الكل سوا لعدم تمييز العامة بين وجوه الاعراب فلا ينبني عليه حكم يرجع اليهم
تفريع فلو قال اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاول طلاقا وبالباقي حيضا
دين في القضاء لشهادة الظاهر له حيث امر بالاعتداد عقيب الطلاق وان قال لم
انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاول الطلاق صارت الحال مذاكرة الطلاق
فتعلق بدلالة الحال ولا يصدق في نفي النية فلو قال لم انو بالكل شيئا صدق لعدم حال
تكذبه فلو خص الثالثة بنية الطلاق وقعت واحدة لان الاولين خلتا عن النية وعن
دلالة الحال قال ولو جعل الواحدة في المدخول بها ثلثا اذا طلق امراته
المدخول بها طلقة واحدة وقال بعد ذلك جعلتها ثلثا يقع الثلث عند ابي حنيفة
وقالا لا يقع الا واحدة لان في ذلك ابطال خيار الرجعة وهو ثابت عقيب طلاق المدخول
بها فلا يصح كما لو صرح باسقاطه على ان الواحدة لا يمكن ان تكون ثلثا ولهذا لم يصح نية
الثلث منها ابتدا فلا يملكه انتهاء وله ان الواحد يصير ثلثا بضم اثنين اليه فيحمل
عليه صونا للكلام العاقل عن الالغاء فكانه قال جعلتها ثلثا بضم طلقتين اليها فيقع الثلث
كما لو صرح بذلك قال وابطل جعلها باينة اذا طلق امراته طلقة رجعية
ثم قال جعلت ذلك الطلاق باينا قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تصير باينا
لاستلزام ابطال خيار الرجعة الثابت شرعا وليس للمكلف ابطال ما هو ثابت شرعا
بخلاف ما لو طلقها بعد ذلك باينا لانه امتنع عن اثبات له الخيار بالتنصيص على الابانة
وانه ممكن اما ابطاله بعد الثبوت فغير ممكن وله انه مالك للطلاق ولوصف البينونة
ابتداء فاذا لم ينص على الوصف كان ممتنعا عن استيفائه مقتنعا بالاصل فكونه رجعيا
ليس باعتبار موجب الطلاق بل باعتبار امتناعه عن تحصيل الوصف فاذا استوفى
الوصف بالحاقه بالاصل صح كما لو نص عليه ابتداء كالوكيل بالشراء وبالبيع يملك العقد النافذ

فيملكه باصله ووصفه فيملك الحاق الوصف حتى لو عقد فضولي ما امر به الوكيل ملك
اجازته وتنفيذه قال ولو قال لست امراتي او لست زوجتي او ما انا
او ما انت فهو واقع بالنية والعياذ رجل قال لامراته لست لي بامراة او لست لي بزوجة
او ما انت لي بامراة او زوجة او قال لست لك بزوج او ما انا لك بزوج ونوى الطلاق
وقع عند ابي حنيفة وقالا لا يقع الطلاق نوى او لم ينو لانه نوى ما لا يحتمله لفظه فلغا
لان هذه الالفاظ انكار للطلاق ولا نفي انكار النكاح الذي هو شرط الطلاق وانكار
الشرط انكار المشروط فلا يصح نية الطلاق من عبارات هي انكار له وصار كما لو قال
لم اتزوجك او والله ما انت لي بامراة وله انه نوى ما يحتمله لفظه لانه كما يصلح لانكار
النكاح يصلح لانشاء الطلاق وكانه قال لست امراتي لاني اطلقتك فاذا نوى الطلاق فقد نوى
ما احتمله لفظه كما لو قال لا نكاح بيننا ونوى الطلاق بخلاف قوله لم اتزوجك لانه لا
يصلح انشاء وكذا اليمين لا تفترن بالانشاء بل الاخبار قال وتلغى انا منك طالق
وان نوى لا بائن او حرام اذا قال الرجل لامراته انا منك طالق فليس بشي عندنا وان
نوى الطلاق ولو قال انا منك باين او انا عليك حرام ونوى الطلاق وقعت طلقة
باينة وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا لان ملك النكاح مشترك
بينهما حتى كان لها المطالبة بالوطء كما ان له المطالبة بالتمكين وكذلك الحل مشترك بينهما
فصحت الاضافة اليه كما تصح اليها وصار كالابانة والتحريم ولنا ان الطلاق
ازالة قيد الملك الثابت له فيها لان معناه انت مطلقة عن قيد ملك المتعة لي فيك
ولا ملك لها فيه لعدم التفاوت في النكاح والحل بين المسلمة والكتابية بالاجماع فلو كان
لها في الزوج ملك لما انعقد بين المسلم والكتابية لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا واذا لم يكن لها ملك استحال ان يزيله بخلاف الابانة لانها ازالة
الوصلة وهو مشترك بينهما ولذلك التحريم لانه ازالة الحل المشترك بينهما واما ملك المتعة
فهو للزوج عليها فصحت اضافة الطلاق اليها دونه قال ولو قال طالق واحدة
او لا حكم بواحدة والعياذ اذا قال الرجل لامراته انت طالق واحدة او لا فليس بشي
عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقال محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة
لانه ادخل حرف الشك على الواحدة فيحال حرف الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحد ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل
الايقاع فلا يقع ولهما ان قوله انت طالق واحدة كلمة واحدة لان الصفة والموصوف

منزلان منزلة كلمة واحدة ولهذا اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تقع ثلثا
ذلك على ان الوقوع بذكر العدد ولو وقع بقوله طالق لوقعت واحدة وهذا لان الواقع في
الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف اي طالق تطليقة واحدة فيكون الشك واقعا في الايقاع
فلا يقع شي وانما يقع بقوله طالق عند عدم ذكر الواحدة لان ذلك ايقاع فيقتضي طلاقا ما ثم لما
فاذا لم يذكر العدد ثبت الواحدة اقتضاء وعند ذكر العدد سقط الاقتضاء للاستغناء
عنه وصار العمل نصا فاذا الى لفظة الواحدة فاذا بطلت بالشك بطل الايقاع قال
ولو قال انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة هذه المسئلة من الزوائد
رجل قال لزوجته وهي امة انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك
الزوج مراجعتها لانه علق التطليق بالاعتاق او بالعتق لان اللفظ ينتظمهما من حيث ان العتق
مسبب عن الاعتاق كالطلاق المسبب وارادة السبب سائغ والشرط ما يكون على خطر
الوجود والحكم به يتعلق وهو ههنا كذلك فصح التعليق والتطليق هو المعلق لان التعليقات
تصير اسبابا وقت وجود الشرط واذا تعلق التطليق بالاعتاق والعتق يوجد بعد الاعتاق
والطلاق يعقب التطليق الذي يعقب الاعتاق فيوجد الطلاق وهي حرة فلا تحرم
عليه حرمة مغلظة بالثنتين واما لفظة مع فقيل هي بمعنى بعد كقوله تعالى ان مع العسر
يسرا ولا ضرورة الى ذلك فانا اجمعنا على انه لو قال انت طالق مع نكاحك او نكاحي اياك
لم يصح ولو قال بعد نكاحي صح ولكن يحمل العتق على الاعتاق كما بينا فانه طريق معهود من طرق
المجاز قال ولو علقهما بمجي الغد والمولى عتقها به ملكه اياها رجل قال لامرأته
الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال مولاها اذا جاء غد فانت حرة قال محمد رحمه الله
اذا جاء الغد عتقت وطلقت ثنتين وملك الرجعة وقال ابو حنيفة وابو يوسف حرمت عليه
بالطلقتين حرمة مغلظة له ان الزوج علق الطلاق بما علق به مولاها العتاق فيكون
التطليق مقارنا للاعتاق اذ المعلق كالمرسل عند وجود الشرط ثم العتق يقارن الاعتاق
لانه علته فيقع التطليق مقارنا للعتق فيصادفها الطلاق وهي حرة فلا تبين بثنتين
وصار كالمسئلة السابقة ولهذا تعتد بثلث حيض ولهما انه علق بما علق به مولاها
العتاق فيقعان معا لاتحاد شرطهما والعتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق لاتحاد زمان
وقوعهما فتبين بثنتين وكما ان الاعتاق علة للعتق فكذا التطليق علة للطلاق فكما اقترن
العلتان في الزمان اقترن معلولهما ضرورة بخلاف المسئلة السابقة لان الطلاق معلق
بالعتق فيتعين وجود العتق قبله لتحقق الشرط فينزل المشروط بعده وبخلاف العدة

لانه يحتاط في اثباتها صيانة للانساب عن الاشتباه اقول والعلة المذكورة لمحمد
في الكتب ظاهرة البطلان ولعله رحمه الله بنى الخلاف فيها على ما بناه في قوله انت طالق واحدة
او لا حيث اوقع واحدة ولم يوقع بقوله انت طالق او لا سيما لما بين الاتفاق عن بين التفاوت بذكر
العدد وجاز ان يثبت ههنا التفاوت بين وقوع العتق بالاعتاق وبين وقوع الطلاق بالتطليق
بحسب ذلك لان وقوع العتق بقوله انت حرة فوقوع الطلاق بقوله انت طالق ثنتين وثبوت حكم
كل واحد منهما يعقب الفراغ من التلفظ به وقد بينا ان العدد اذا اقترن بالايقاع فالوقوع بالعدد ولا
والا لما وقع الثلث على غير المدخول بها اذا اخرجها بكلمة واحدة لانه يقع الطلاق حينئذ بقوله
انت طالق فيصادف التلفظ بالثلث زمان البينونة وحيث وقع الثلث علم ان الوقوع بالعدد وفي
مسئلتنا اللفظتان العلتان يقعان في زمان واحد اعتبارا لحال قوله انت حرة يثبت حكمه
الحرية وحال قوله انت طالق لا يثبت ما لم يفرغ من قوله ثنتين فيصادفها الطلاق وهي حرة
ضرورة فيثبت حكم الطلاق بعد حكم العتاق حتى لو كان المولى قال اذا جاء غد فقد اعتقتك
اعتاقا او كان قال الزوج بعد ما طلقها واحدة اذا جاء غد فانت طالق ارتفع الخلاف ووافق
محمد صاحبيه وهذا التعليل اقرب الى الفقه والصواب قال او يموت مولاها
وهو اخوه فورثها لو نعها وخالفه اذا قال لامرأته وهي امة اخته اذا مات مولاك
فانت طالق ثنتين فمات المولى فورثها الزوج قال ابو يوسف يقع الطلقتان وتحرم
حرمة مغلظة وقال محمد لا يقع شي لان ملك الوارث اياها متوقف على الموت الذي علق
طلاقها به فيثبت الطلاق مع الملك عقيب الموت فيصادفها الطلاق حال زوال ملك النكاح
فلا يقع كما اذا قال انت طالق مع انقضاء عدتك ولهما ان الطلاق معلق بالموت فينزل
اذا نزل به وملك الوارث لا يعقب الموت بل يعقب استغناء عن الملك وما لم يتحقق الفراغ
من تجهيزه وتكفينه لا يتحقق استغناؤه عنه لان كل جزء من المال يجوز ان يكون مشغولا بحاجته
بتقدير هلاك الباقي فقد وقعت الطلقتان عليها وهي امة فتحرم عليه الحرمة المغلظة قال
ولو وصفه بضرب من الزيادة والشدة يوقعه بائنا لا رجعيا في المدخول بها كطالق بائن
او اشده او افحشه او طلاق الشيطان او البدعة او كالجبل او ملء البيت وان نوى ثلثا وقعن
او بالطول او بالعرض جعلناه بائنا الاصل في وصف الطلاق انه ان وصف بما لا يوصف
به الطلاق بطل الوصف كما اذا قال انت طالق طلاقا لا يقع فانه يقع طلقة واحدة ويلغو
الوصف لان الطلاق اذا وقع لا يرتفع وكذا لو قال انت طالق ولي الخيار ثلثة ايام يقع ويلغو الشرط
واذا وصفه بما يوصف به الطلاق فاما ان يكون وصفا ينبئ عن زيادة شدة وغلظة او لا يكون

فان لم يكن شيء من ذلك كان رجعيا كقوله انت طالق افضل الطلاق واجمله او احسنه او اعدله
او اسنه او خيره فانه ليس في هذه الاوصاف ما ينبئ عن شدة والبينونة شدة فلا يقع بها
وان كان ينبئ عنه وقع بائنا عندنا وقال الشافعي يقع رجعيا في المدخول بها كقوله انت طالق
بائن او افحش الطلاق او اخبثه او اشده او اعظمه او اكبره او اسوأه او طلاق الشيطان او البدعة
او كالجبل او مثل البيت له ان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان الوصف بالبينونة خلاف
المشروع فيلغو كما لو قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق
بما يحتمله فكان تعيينا لاحد محتمليه فيصح ويترتب عليه موجبه الا ترى ان البينونة تثبت بالطلاق
قبل الدخول وكذا تثبت به بعد العدة ثم البائن هو الشديد لانه لا يتمكن من الرجعة بخلاف الرجعي
لانه ليس بشديد عليه حتى يملك الرجعة بغير امرها وكذا قوله افحش الطلاق واخبثه واسوأه
لانه انما يوصف بهذه الاوصاف لا باعتبار ذاته بل باعتبار اثره وهو البينونة في الحال
فصار كقوله بائن وكذا اذا قال طلاق الشيطان وطلاق البدعة لان السني هو الرجعي فيكون
البدعي وطلاق الشيطان هو البائن وعن ابي يوسف في قوله طالق للبدعة انها لا تبين الا بالنية
لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في الحيض وعن محمد في قوله للبدعة او طلاق الشيطان
انه رجعي لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في الحيض فلا تقع البينونة بالشك وكذا قوله
كالجبل لان التشبيه به يوجب الزيادة وعن ابي يوسف انه رجعي لان الجبل شيء واحد فيكون
تشبيها به في الوحدة وكذا قوله مثل البيت لان الشيء قد يوصف بملء البيت لعظمه
تارة ولكثرته اخرى فايهما نوى صحت النية واذا نوى الثلث وقع لان الشدة والعظم
والزيادة على نوعين ضعيفة وقوية فالضعيفة الواحدة البائنة فعند عدم النية يحمل عليها
للتيقن بها وعند نية القوية يحمل عليها لانه عين احد محتملي لفظه فيصدق ثم الاصل
عند ابي حنيفة رحمه الله ان مجرد تشبيه الطلاق يجعله بائنا لان التشبيه يقتضي زيادة وصف
وذلك بالبينونة لانه عند عدم التشبيه يكون رجعيا وعند ابي يوسف ان استعمل الوصف
على ذكر العظم كان بائنا والا فلا سواء كان المشبه عظيما في نفسه او غير عظيم لانه يحتمل
التشبيه في نفس التوحيد فذكر العظيم يفيد الزيادة وعند زفر ان استعمل الوصف على
العظم والمشبه به عظيم في نفسه كان بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل
مع ابي يوسف والخلاف يظهر في قوله انت طالق مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة
مثل الجبل مثل عظم الجبل فعند ابي حنيفة هو بائن في الجميع وعند ابي يوسف بائن في الثانية
والرابعة وعند زفر بائن في الثالثة والرابعة واما اذا وصفه بالطول او بالعرض

فعند نا يقع بائنا وقال زفر رجعيا لان الطلاق لا يوصف بالطول ولا بالعرض لانهما من
صفات الاجسام فيلغوا ولنا ان ذلك كناية عما لا يوصف به عن العظمة والقوة
يقال ليس لهذا الامر هذا الطول ولا هذا العرض يعنون هذه العظمة والقوة وهما
يفيدان في الطلاق البينونة تفريع اذا قال انت طالق مثل عدد الشمس او القمر فهو
واحدة بائنة عند ابي حنيفة ورجعية عند ابي يوسف ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد
معناه كالنجوم في الضياء الا ان ينوي العدد فيقبل ولو قال انت طالق لا قليل ولا كثير
يقع ثلاث ولو قال لا كثير ولا قليل يقع واحدة تثبت ضد ما نفاه اولا لان بالنفي
تثبت ضده فلا يرتفع قال ويقع لاضافته الى الجملة او بما يعبر عنها كانت
او وجهك او روحك او جسدك او الى جزء شائع كنصفك او ثلثك [illegible]
كبدك او رجلك اما الاول وهو اضافة الطلاق الى الجملة فكقوله انت طالق
فانت ضمير المرأة وهذا هو الاصل والثاني فرع عليه لانه يعبر به عنه كقوله وجهك طالق
او رقبتك او عنقك او فرجك او روحك او بدنك او جسدك او نفسك وراسك قال
الله تعالى فتحرير رقبة فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج
على السروج ويقال فلان راس القوم ووجه العرب وهلكت روح فلان في نفسه والاصل
في هذا الباب هو الاستعمال فان صاحب شرح الكافي فرق بين قوله راسك ووجهك طالق
وبين قوله يدك او رجلك فقال هذه الاعضاء التي ذكرها محمد كانت عند اهل الكوفة اسما
للبدن كله واليد والرجل لم يكن يعبر بهما عنه عندهم اما في ديارنا فليست هذه
الاعضاء اسما للبدن فينبغي ان لا يقع الطلاق بقوله وجهك او راسك الا ان يعني جميع
البدن ولو كانت اليد عند قوم اسما لجميع البدن فاضيف الطلاق اليه يقع ايضا واما
وقوع الطلاق باضافته الى الجزء الشائع لانه محل لسائر التصرفات فكذا يكون محلا للطلاق
الا ان عدم التجزي في حق وقوع الطلاق يوجب التكميل واما الاضافة الى
اليد والرجل فعند زفر والشافعي يقع بها الطلاق وكذلك الخلاف في كل جزء
معين لا يعبر به عن الجملة لانه عضو يستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا لحكمه فيكون
محلا للطلاق فتثبت حكمه فيه ثم الاضافة اليه يتعدى كما في الشائع ولان الطلاق
نوى السراية حتى يعمل متبعضه [illegible] ويقع عند الشرط معلقه ويسري
الى جميعها كما لو وقع بالشائع بخلاف النكاح لانه ثابت على منافاة الدليل والطلاق
مساعد به ولهذا لم يصح اضافة النكاح عنده الى الجزء الشائع لان الحرمة تغلب الحل اذا اجتمعا

في المحل في الابتداء والانتهاء ولنا ان الطلاق رفع القيد مختص بالمحل وجود القيد ولا قيد في اليد لانه تابع ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها يد لانهما يردان على الاصل فيدخل التبع ولا ينعكس واذا لم يكن التبع محلا للاضافة اليه لم يستتبع الاصل لان السراية تستلزم صحة الاضافة الى المحل ولغت هذه الاضافة بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا فيكون محلا للطلاق واختلف في الظهر والبطن والاظهر عدم صحة الاضافة لعدم التعبير بهما عن الجملة قال ولو قال نصف تطليقة او ثلثها وقعت كاملة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله قال او واحدة ونصفا قبل الدخول اوقعنا ثنتين لا واحدة اذا قال الرجل لامراته قبل الدخول بها انت طالق واحدة ونصفا وقع عليها ثنتان عندنا وقال زفر واحدة لان الثانية تكمل لعدم التجزي فتصير كقوله واحدة وواحدة فتبين بالاولى ولنا انه كلام واحد معنى لانه لا لفظ اخصر من ذلك يدل عليه فان العبارة الاخرى ثنتان الا نصفا وتلك لا تصير معلومة الا بالاستثناء وهي ملزمة بنفسها فكانت اولاهما بالاعتبار بخلاف واحدة وواحدة لان ثنتين اخصر منها فصادف البائنة وقد ثبت حكم الاول فلا يقع قال او من واحدة الى ثلث فالواقع ثنتان وكذا في الاقرار وقالا الثلث وفيما اكتفينا بواحدة رجل قال لامراته انت طالق من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث وقع عليها ثنتان عند ابي حنيفة وكذا لو قال لك عندي من درهم الى عشرة فعليه تسعة وقالا يقع ثلث في الطلاق وعليه عشرة في الاقرار وقال زفر وهو القياس يقع طلقة واحدة لان الاولى غاية الابتداء والثالثة غاية الانتهاء فلا تدخلان فيما جعلتا غاية له كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط فان المبيع ما بينهما ولهما ان ما جعله غاية الابتداء والانتهاء لا يصلح غاية الا بعد وجودها اذ المعدوم لا يصلح غاية فاذا قصد جعلها غايتين فقد قصد وجودهما ووجودهما في الطلاق وقوعهما وفي الاقرار وجوبهما وصار كقوله خذ من مالي من درهم الى مائة وله ان مثل هذا الكلام يستعمل ويراد به الاكثر من الاقل المذكورين والاقل من اكثرهما يقال سني من خمسين الى ستين او ما بينهما اي سني اكثر من خمسين واقل من ستين فكذا ههنا ثبت طلقتان لانهما اكثر من واحدة واقل من الثلث بخلاف قوله خذ من مالي من واحد الى مائة لانه موضع الاباحة فيراد الكل والاصل في الطلاق الحظر وجواب زفر انه لا بد من وجود الغاية الاولى لتترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع فان وجود الحائط سابق على العقد وبخلاف الغاية الثانية فان وجود الاولى لا يستلزم وجودها قال او واحدة في ثنتين

او ثنتين

اوقعنا واحدة لا ثنتين وفي مثلها ثنتين لا ثلثا ههنا مسئلتان اولاهما من الزوائد وهي ما اذا قال انت طالق واحدة في ثنتين فعندنا تطلق واحدة وقال زفر تطلق ثنتين والثانية اذا قال ثنتين في ثنتين يطلق عندنا ثنتين وعنده ثلثا له اعتبار عرف الحساب فان المراد بالضرب تضعيف احد العددين بعدد الاخر وضرب الواحد في العدد لا يؤثر تضعيفا فيبقى على حاله وضرب الاثنين في الاثنين اربعة الا ان الطلاق لا يزيد على الثلث فتقع كما لو طلق اربعا ولنا ان ضرب العدد في العدد في الممسوحات يقصد به بيان تكسير الذرعان وفيما ليس بممسوح يراد به تكثير الاجزاء الا ان الطلاق لا تتفاوت بكثرة الاجزاء وقلتها فان الطلاق الذي له الف جزء والطلاق الذي له جزءان يستويان فانه لا يقع اكثر من واحد كما لو قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها يقع واحدة فتكثر اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها تفريع فلو نوى واحدة وثنتين فهي ثلث في المدخول بها لانه نوى يحتمله لفظه فان الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف باداة الظرف وتقع واحدة في غير المدخول بها لانها تبين بالاول ولو نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلث لان في تستعمل بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى حقيقة الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فلغت نيته قال او بمكة او فيها طلقت في الحال في كل البلاد او اذا دخلتها او في دخولك تعلق اما الاول فلان الطلاق لا يختص بمكان دون اخر فكان ذكر المكان لغوا واما الثاني فلانه علقه بالدخول فيتعلق وكذا قوله في دخولك الدار وفيه لما بين الشرط والظرف من القرب من حيث الجمع فان الشرط جامع للجزاء والظرف جامع المظروف فاذا تعذر حمله على حقيقة الظرفية تعين حمله على الشرط مجازا قال او غدا وقع بطلوع الفجر لانها وصفته بالطالقية في جميع الغد وذلك يستلزم وقوع الطلاق في اول اجزائه قال او في غد ونوى اخره فهو صدق قضاء وقالا ديانة كما في غدا اذا قال انت طالق في غد ونوى اخر النهار صدق ديانة وقضاء عند ابي حنيفة وقالا لا يصدق ديانة ولا يصدق قضاء كما لا يصدق في قوله غدا اذا قال نويت اخر النهار والمقيس عليه من الزوائد وفيه تعريف الحكم والاشارة الى تعليلها لهما انها موصوفة بالطلاق في الغد وهو اسم لكله ولهذا وقع الطلاق في اول جزء من اجزائه عند عدم النية فاذا نوى اخر النهار كان ناويا خلاف الظاهر فصار كما لو قال انت طالق غدا ونوى اخره فانه يصدق ديانة لا قضاء وله انه جعل الغد ظرفا اي مفعولا فيه وذلك لا يقتضي استيعابه بالفعل ففي اي جزء منه وقع الفعل كان الغد ظرفا مفعولا فيه وانما يقع في اوله عند عدم النية لانه جزء صالح موجود ولا معارض له فيتعين فاذا نوى الجزء الاخر فقد قام المعارض وتعين ما اراده ترجيحا للتعيين القصدي على الضروري بخلاف قوله غدا والفرق ان الظرف اذا اتصل

به الفعل بغير واسطة اقتضى استيعابه بالمظروف ان امكن واذا اتصل به بواسطة الحرف لم يقتض الاستيعاب الا ترى انه اذا قال لله علي ان اصوم في رجب وجب صوم يوم منه ولو قال علي ان اصوم رجب وجب صوم كله وكذلك قوله والله لا اصوم السنة وجب استيعابها ولو قال في السنة وجب صوم يوم منها قال ـــــ او اليوم وغدا وقعت واحدة او غدا واليوم او فيهما ثنتان هاتان مسئلتان احداهما من الزوائد وهي ما فيه اذا قال انت طالق اليوم وغدا تطلق واحدة لان الطلاق اذا وقع اليوم اليوم كانت المراة متصفة به غدا فلا ضرورة الى ايقاع طلقة اخرى اما المسئلة الثانية فقال زفر لفظه الايقاع واحد غير متجزئ فيقع واحدة اعتبارا بالعكس ولنا وهو الفرق ان اضافة الطلاق الى الغد يقتضي اتصافها به في الغد ولا يلزم من اتصافها به في الغد اتصافها به في اليوم بحقيقة الضرورة الى معقول يكون اليوم ظرفا له فصار كانه قال انت طالق غدا وطالق اليوم فيقع ثنتان بخلاف المسئلة الاولى لاستلزام اتصافها به في اليوم اتصافها به غدا فلا ضرورة الى التكرار قال ـــــ او كل يوم ولا بينة او فيهما واحدة لا ثلثا في ثلثة ايام اذا قال انت طالق كل يوم فان نوى الثلث صح ووقعت كل يوم واحدة لانه نوى محتمل اللفظ وان لم ينو شيئا فكذلك عند زفر لانه ايقاع بكلمة ومقتضاها التكرار فيكون ذلك ايقاعا في كل يوم كقوله انت طالق في كل يوم والجامع ان حرف الجر مضمر في الاول لان انتصابه لكونه مفعولا فيه وهو مظهر في الثاني فلا فرق بينهما ولنا ان قوله انت طالق وصف للمراة بالطالقية لغة وكل يوم ظرف لهذا الوصف فاذا اتصفت بها في اليوم الاول ثبت ذلك الوصف في الثاني والثالث ابدا وانما جعل هذا الوصف ايقاعا في الشرع ضرورة تحقق الوصف وانها تندفع بالواحدة فصار كما اذا قال انت طالق ابدا حيث تطلق واحدة بخلاف قوله في كل يوم والفرق ان كلمة في تفيد ما لا تفيده الكلام عند عدمها والا لكان ذكرها لغوا وذلك لانها من حروف الجر التي وضعت لايصال معاني الافعال الى الاسماء ولذلك سميت صلات فكلمة في ظرف للفعل مظهرا ومدلولا عليه متصل بالزمان المجرور بها على معنى وقوعه فيه وحينئذ يجب تعدد الوقوع في كل يوم لان حصول الفعل الواقع في اليوم الاول بعينه في اليوم الثاني محال فتعين ان المراد مثله والمعنى انت طالق طلاقا يقع في كل يوم اي يقع في اليوم الحاضر ويقع مثله في الثاني والثالث واما كل يوم فانه ظرف اتصافها بالطالقية وذلك وصف ثابت لا ضرورة الى تجدده ونظيره انت طالق يوم الخميس ويوم الجمعة وانت طالق في يوم الخميس وفي يوم الجمعة حيث يقع في المسئلة الاولى واحدة وفي الثانية ثنتان على نحو ما قررناه قال ـــــ او امس وقد تزوج اليوم لم تطلق اذا قال رجل لامراته انت طالق امس وقد تزوج اليوم لا يقع بها

طلاق لانه اضاف الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغوا كما لو قال انت طالق قبل ان اخلق اما لو اضافه الى حالة غير معهودة كما لو قال كنت طلقتك امس وانا مجنون ولم يعرف جنونه طلقت لانه اقر بالطلاق واضافه الى حالة لا تعلم منه فلا يسمع قوله في الاضافة لتكذيب الظاهر اياه ولو كان جنونه معهودا اصدق لمساعدة الظاهر له وهذه من الزوائد قال ـــــ ولو كان تزوجها من قبل طلقت الان اذا قال انت طالق امس وكان قد تزوجها اول من امس طلقت في الحال لانه اسنده الى حالة هو مالك فيها للطلاق ولكن لم يمكن تصحيحه اخبارا فوجب ان يكون انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال لانه حيث قصد الانشاء في الماضي فقد قصده لوقوع في الحال لاستلزام وقوع الطلاق في الماضي وقوعه في الحال لكن ليس في وسعه الايقاع في الماضي لعدمه وفي وسعه الايقاع في الحال فيثبت من قصده قدر ما في وسعه وهذه من الزوائد قال ـــــ او الى شهر توقعه في الحال رجل قال لامراته انت طالق الى شهر قال ابو حنيفة ومحمد تطلق عند انتهاء الشهر وقال ابو يوسف تطلق في الحال لان الشهر انصرف الى ما يلي اليمين كما في الاجارة واليمين على الكلام لكن عقد الاجارة واليمين على الكلام يقبلان التوقيت فيتنهيان بمضي الشهر والطلاق لا يقبل التوقيت لينتهي به فلغا ولهما ان الى مشابهة من لاشتراكهما في ان كلا منهما موضوع للدلالة على الغاية احدهما على ابتدائها والاخر على انتهائها فحملت الى على من مجازا كانه قال انت طالق طلاقا ابتداؤه من شهر بعد هذا الكلام والحمل على المجاز اولى من الالغاء قال ـــــ او ان لم اطلقك فانت طالق طلقت في اخر اجزاء حياته لانه جعل عدم التطليق شرطا ووقوع الطلاق ولا يتحقق الشرط الا باليأس عن الحياة كما اذا قال ان لم ات البصرة ولو ماتت هي طلقت قبيل موتها وقال بعض مشايخنا هو مخصوص بالزوج لان الياس من حياة المراة لا يتحقق الا بالموت حقيقة فيتحقق الشرط مع انقضاء محل الطلاق بخلاف الزوج اذا اشرف على الموت فان الشرط يوجد والمحل باق والملك باق وليس من لزوم الجزاء التكلم به ولا القدرة عليه والصحيح انه يقع قبيل موتها لكونه لان المراة اذا اشرفت على الموت فقد بقي من حياتها ما لا يسع لصيغة الكلام بالطلاق فيذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق فيه لاستغنائه عن التكلم به فيوجد الشرط والملك قائم والمحل باق قال ـــــ او متى لم طلقت حين سكت اذا قال انت طالق متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت وقع الطلاق لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد الشرط بسكوته وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريحة في الوقت لكونهما من ظروف الزمان وهاتان المسئلتان من الزوائد قال ـــــ واذا شرك ان فما لا

ومثل متى اذا قال لامراته انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لا يقع الطلاق الا
في اخر جزء من اجزاء حياته او حياتها عند ابي حنيفة رحمه الله كما في ان وقالا يقع الطلاق عليها
حين سكت من الكلام كما في متى والخلاف فيما اذا لم ينو احدهما فان نوى الشرط لا يقع وان نوى
الوقت وقع اجماعا فيهما لانه نوى محتمل لفظه لهما ان كلمة اذا موضوعة للوقت حقيقة
وفيها شبهة من الشرط فاذا لم ينو الحالف احد هذين الامرين وجب الحمل على الحقيقة لرجحانها
على المجاز عند الاطلاق فصار كانه قال متى لم اطلقك فانت طالق فانه يقع عند سكوته ولهذا
اذا قال لها انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في متى شئت وله
ان اذا استعمل مجازا بمعنى ان حتى جزم بها الفعل المضارع شرطا وجوابا في قوله واذا
تصبك خصاصة فتجمل وفي قوله والله يرفع لي نارا اذا خمدت نيرانهم تقد وكل منهما
صالح للاستعمال الا ان اعتبار الحقيقة يوجب الوقوع حال السكوت واعتبار المجاز يقتضي
التاخير الى قبيل الموت فلم تطلق في الحال بالشك بخلاف طلقي نفسك اذا شئت لان الامر
لما صار بيدها فلا يخرج عنه بالشك وههنا سؤال هو ان الخلاف في مسئلة الشرب من دجلة
يقتضي ان يكون الخلاف ههنا على عكس ما هو عليه لانه اعتبر المجاز ههنا والحقيقة وهما عكسا
فيها والجواب ان الحد ولهما فان المجاز ثمه غالب الاستعمال فكان اولى بالاعتبار من الحقيقة
المهجورة وههنا الحقيقة هي المستعملة والمجاز ليس بغالب واما العذر له فان الشق لم يثبت
باعتبار موجب الحقيقة والشك باعتبار موجب المجاز فترجحت الحقيقة وههنا بالعكس
وهذا لان اعتبار الحقيقة يقتضي الحنث بالكرع من دجلة لا غير والمجاز يقتضي الحنث بالشرب
من مائها كرعا واغترافا فالحنث بالكرع لازم على التقديرين وبالاغتراف على اعتبار المجاز
دون الحقيقة فيثبت ما هو متيقن به دون ما هو مشكوك فيه قال او متى لم اطلق
واحدة فانت ثلثا وصل انت طالق وقعنا هذه لا الثلث رجل قال لامراته متى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك واحدة فانت طالق ثلثا ثم قال انت طالق موصولا باليمين وقعت طلقة
واحدة عندنا والقياس ان يقع الثلث وهو قول زفر لانه وجد زمان خال عن الطلاق
وهو الزمان الذي يلفظ فيه بالتطليق قبل الفراغ منه ووجه الاستحسان انه لم يوجد بعد
الاضافة زمان خال عن التطليق حيث وقعت الواحدة عقيب الاضافة وهذا القياس
مهجور ضرورة ان هذا القدر من الزمان مستثنى عن الايمان بدلالة حال الحالف لان
قصده البر فكان الشرط وجود زمان خال عن الطلاق لكن ايقاع الطلاق فيه وصار كما لو صرح
بذلك لان الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح قال او قبل قدوم فلان بشهر وقعناه

مقتصرا لا مستندا او قبل موت فلان بشهر فمات لتمامه فهو مستند وقالا مقتصر اذا
انت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وقع الطلاق مقتصرا على حال القدوم
مقارنا له وقال زفر يقع مستندا الى اول الشهر الذي اتصل باخره القدوم حتى يعتبر العدة
من اوله ويلزمه مهر لو وطيها فيه ويكون الوطء فيه رجعة ان كان رجعيا ولو قال انت طالق
قبل موت فلان بشهر فمات بعد شهر يقع قبيل الموت مستندا الى اول الشهر عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع مقتصرا على حال الموت مقارنا له لزفر انه اوقع الطلاق
في اول شهر يتصل باخره القدوم او الموت الا انه غير معلوم فلم يحكم بالوقوع فاذا
علم بالقدوم او الموت علم انه كان واقعا من اول الشهر كما في قوله اذا حضت فانت
طالق لم يقع حتى يستمر الدم ثلثة ايام فيقع الطلاق من اوله وكما اذا قال ان كان ما في بطنك
غلام فانت طالق لم يطلق حتى يتضح فيحكم بوقوعه من حين اليمين ولهما ان الموت والقدوم
في معنى الشرط من حيث توقف الحكم على وجودهما وليس بشرط حقيقة لعدم اللفظ الموضوع
للشرطية فاعتبار معنى الشرطية يقتضي تاخر الجزاء عن وجودهما واعتبار عدم الشرطية يقتضي
عدم التاخر فيقع مقارنا له مقتصرا على حال وجوده وهذا في القدوم واضح لكونه معدوما
على خطر الوجود واما الموت فكائن لا محالة لكن مضي شهر بعد اليمين قبل الموت ليس بكائن
لا محالة ولهذا لو مات قبل تمام الشهر لا تطلق فكان الموت في معنى الشرط ايضا بخلاف
ما استشهد به لان الوقوع في المسئلتين بالشرط الموجود فكان متحققا الا انا لا نعلم به
قبل وضع الحمل وقبل تمام ثلثة ايام لعدم العلم بالمذكورة وبجواز الانقطاع فلم نقل
الطلاق موقوفا على امر منتظر وله وهو الفرق بين القدوم والموت ان الاسناد
على الموت معرف للزمان الذي جعل ظرفا للطلاق فيقع قبله ثم يستند وهذا لان الموت
ليس بشرط حقيقة وهو ظاهر ولا معنى لان الموت كائن لا محالة والقدوم معدوم على
خطر الوجود وتعرف الزمان الذي جعل ظرفا للطلاق موقوف على حقيقة فصار كما لو قال
انت طالق ثلثا قبل شهر واشتبهت الاشهر فلم نعلم حتى اهل رمضان فانه يقع في اول
شعبان لا ان ههنا لا بد من الوقوع قبيل الموت ليثبت حكم الوقوع ثم يستند ثم لا ضرورة
الى الوقوع بل تبين ان الطلاق كان واقعا من اول شعبان حتى لو خالعها في شعبان وانقضت
عدتها بوضع الحمل ثم علم بحال الاشهر لا يصح الخلع ويقع الثلث وههنا لو خالع فيه لا يبطل
الخلع ولا يقع الثلث لان ذكر الموت لا يعرف الزمان الذي اضيف اليه الطلاق بل نفس الموت
متوقف الوقوع عليه بخلاف ذكر رمضان فانه معرف بدون حقيقة فافترقا قال

او قبل موتى وموتك فهو مستند ولا ارث والفتوى على قول زفر وقال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال انت طالق قبل موتي بشهر
او موتك بشهر فمات لتمام ذلك الشهر فالطلاق واقع مستندًا عند ابي حنيفة ولا ارث وقالا لا
لا يقع الطلاق وهذا الخلاف مبني على ما سبق وعنده ان الموت معرف للزمان الذي اضيف
اليه الطلاق فيقع من قبل موته بشهر ولا يرث وعندهما لا يقع لانه لو وقع مقتصرًا على الموت
مقارنًا له او بعده فلا يقع لانتفاء المحلية حينئذ قال ـــــ او لاخرهما املكه او اتزوجها
حر وطالق فالجزاء واقع على اخرهما مستندًا وعلى هذا الخلاف اذا قال اخر عبد املكه فهو
حر واخر امراة اتزوجها فهي طالق ثم اشترى عبدًا او تزوج امراة بعدها ثم مات عتق
العبد الثاني مستندًا الى حين شرائه حتى يعتق من جميع المال ان اشتراه في الصحة ومن الثلث
ان كان في المرض وعندهما مقتصرًا على حين الموت فيعتق من الثلث وتطلق الثانية مستندًا عنده
حتى لا ترث الا ان يكون هذا القول في المرض وعندهما مقتصرًا على حتى ترث لهما ان كون الثاني
اخرًا لا يتحقق الا بعدم شراء غيره ولا يتحقق ذلك الا بالموت فيقتصر عليه كما لو قال ان لم اشتر
عليك عبدًا فانت حر ثم مات فانه يعتق مقتصرًا وله ان صفة الاخرية ثابتة للثاني
عند شرائه ظاهرًا لانه اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه الا انها بعرضية الزوال
بشراء اخر فلا يعتق الا بعد تقرر هذا الوصف وذلك بموت المولى فيعتق من حين تقرره كما لو قال
لامته اذا حضت فانت حرة فاستمر بها الدم ثلثا عتقت من اول يوم ولهما اي الزوجة
الاعتبار بمن قال لامراته ان لم اتزوج عليك فانت طالق ثلثا فمات فانها ترث لصيرورته
فارًّا بتركه لا يتحقق الشرط في المرض منزلة الايقاع فيه وله ان هذه الصفة ثابتة لها عند تزوجها
لعدم تزوج بالله وبموته تقررها ذلك الوصف فصار كمن قال لامراته في الصحة اذا جاء راس
الشهر فانت طالق ثلثا ثم جاء راس الشهر وهو مريض تطلق ثلثا ولا ترث كذلك ههنا وبل
اولى لان عدم التزوج عليها ليس بشرط عنده صورة ولا معنى لانه انما يتحقق بالموت وهو
كائن لا محالة فلم يكن في معنى الشرط فكذا ما يتوقف عليه قال ـــــ او اطولكما عمرًا طالق
الان وقعناه على الثانية حال موت الاخرى لا مستندًا اذا قال لامراتيه اطولكما عمرًا
طالق في هذه الساعة لا تطلق حتى يموت احدهما فتطلق الاخرى لان المراد هو طول
الحياة في المستقبل دون الماضي الا ترى انه لو كان عمر احداهما عشرين سنة والاخرى
سبعين لا تطلق العجوز لان المراد طول الحياة في المستقبل وانه غير معلوم لجواز موتهما
معًا فاذا ماتت احداهما طلقت الاخرى للحال وقال زفر مستندًا الى وقت اليمين لانه
علق الطلاق بشرط موجود حيث علم انها كانت هي اطول حياة حينئذ ولنا ان معنى

اليمين ان لنا انه منكما طالق وذلك غير معلوم قبل موت احداهما بل هو معدوم على خطر
الوجود فكان شرطا فاقتصر عليه قال ـــــ ولو شهد واحد بواحدة واخر بثنتين فالقاضي لا
يحكم بشي وقالا بواحدة وكذا الخلاف في طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا اذا شهد شاهد
بطلقة واحدة واشهد اخر بطلقتين لم يحكم بشي منهما وقال ابو يوسف ومحمد يحكم بواحدة
والاصل ان توافق الشهادتين في الدلالة على ما يحكم به شرط بالاتفاق لكن عند ابي حنيفة
هذا التوافق انما يثبت حيث يدل لفظ كل شاهد على ما يحكم به دلالة المطابقة لا دلالة
التضمين وقالا يثبت اذا دل لفظ احدهما بالمطابقة والاخر على ما دل عليه الاول بالتضمين
لهما انهما اتفقا على طلقة واحدة اما الشاهد بطلقة فظاهر واما الشاهد بطلقتين
فقد تضمنت شهادته بها شهادته بالواحدة ضرورة اشتمال الطلقتين على الواحدة كما لو
ادعت طلقتين وشهدا لها بطلقة فان التوافق بين الدعوى والشهادة شرط ايضا وله
ان كلام الشاهدين لا يصير شهادة الا باتصال الحكم به ولم يتصل الحكم بشهادة الشاهد
بطلقتين فلا تثبت الشهادة بالواحدة لاستلزام الشهادة بها ثبوت الشهادة بالثنتين
فبقي شهادة الواحد بواحدة فلا يحكم بشي بخلاف ما اذا ادعت لان الدعوى صح بالطلقتين
بغير اتصال الحكم بها فصحت في اجزائها فصحت في الواحدة فلما شهدا بها وافقت الشهادة
ما صحت دعواها منه فيحكم به وعلى هذا الخلاف اذا قال لامراته طلقي نفسك واحدة فطلقت
نفسها ثلثا فعند ابي حنيفة لا يقع شي وعندهما يقع واحدة لانها اتت بما فوض اليها فانها
لما اوقعت ثلثا اوقعت واحدة لاشتمالها عليها ولانها لما ملكت الواحدة فقد جمعت بين
بين ما تملك وبين ما لا تملك في الايقاع فوقع ما ملكته ولغا الباقي كما لو قال الزوج انت
طالق الف تطليقة فانه يقع الثلث التي يملكها شرعا ويلغو الباقي وله ان ايقاع الثلث
انما تضمن ايقاع الواحدة ان لو وقعت الثلث لاستلزام وقوع ما هو في ضمنه اما اذا لم يقع
لم يقع الواحدة الضمنية لاستحالة وقوعها وهي ضمنية بدون الثلث المتضمنة لها وليست
بجامعة بين ما تملكه وما لا تملك فان الزوج ملكها فردًا لا يكون معه غيره وكل واحدة
من الثلث معها غيرها واما وقوع الثلث بايقاع الالف فعند ابي حنيفة الالف وقعه
ليست الثلث ضمنًا لوقوعها لان الحرمة الغليظة كما تثبت بالثلث تثبت بالزائد على
الثلث الا ترى انه لو قال لها انت طالق عشر تطليقات بالالف فقبلت تثبت الحرمة
الغليظة ويلزمها الالف عنده وعندهما يقع الثلث ويلزمها بثلثه والا ترى انه لو
قال انت طالق اربعا الا ثلثا فانه يقع واحدة اجماعا فلو لا ملكه لما زاد على الثلث لوقع

الثلث لانه في قوة قوله انت طالق ثلثا الا ثلثا فيبطل الاستثناء قال وردَدنا
شهادتهما بطلاق احديهن عينا ثم نسيانها اذا شهد اثنان على رجل انه طلق احدى هؤلا
بعينها لكنا نسينا فعندنا لا تقبل شهادتهما وقال زفر تقبل ويحال بينه وبينهن حتى تعين
المطلقة منهن لان الثابت بالشهادة كالثابت بالاقرار ولو اقر بطلاق احداهن وقال
نسيتها امرناه لا يقرب واحدة منهن حتى يتذكرها وهذا لان الشهادة على الطلاق
تقبل من دون دعوى وقد حفظا من كلام الزوج شيئين الطلاق والتعيين فتقبل شهادتهما
في قدر ما حفظاه ولنا انهما اعترفا على انفسهما بالغفلة فلا تقبل شهادتهما ولان
القضا بشي ممتنع فانه ان حكم بطلاق المنكرة وجعل البيان الى الزوج فالزوج ربما اوقع
طلاق المعينة ولا يمكن الحكم بالمعينة لانهما لم يشهدا به ٥

فصل في طلاق غير المدخول بها وفي ايمان الطلاق

قال واذا طلق قبل الدخول ثلثا وقعن اذا طلق امراته قبل الدخول بها ثلثا
وقعن عليها جملة لما تقدم ان العدد اذا قرن بالطلاق كان الايقاع بالعدد لان الصدر
بانت طالق ثلثا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فوجب ان يقعن جملة قال
فان فرق بانت بالاولى اذا قال انت طالق طالق طالق وقعت عليها واحدة وبانت بها
لان الثانية تصادفها في غير عدة فلا يقع لفوات محل الطلاق وهذا لان اول الكلام
يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير به اوله فاذا خلا الكلام عن ذلك ترتب على الانشا
موجبه فيقع بقوله انت طالق ثنتين ويلغوا الثاني قال او قال واحدة وواحدة او قبل
واحدة او بعدها واحدة بانت بواحدة اما العطف فلما ذكرنا انها بانت بالاولى فلم
تصادف الثانية محلا واما قبل واحدة او بعدها واحدة فالاصل في ذلك انه اذا تخلل الظرف
بين مذكورين فان اقترن الضمير بالظرف كان الظرف صفة للمتاخر منهما وان خلا الظرف عن
الضمير كان صفة للمتقدم منهما فقوله انت طالق واحدة قبل واحدة فالقبلية ههنا صفة
للواحدة المذكورة اولا وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لما تقدم فيقع بالاولى
وتبين فتصادفها الثانية مبانة لان وجود الصفة يستدعي سبق الموصوف وقوله بعدها
واحدة البعدية صفة للواحدة المذكورة اخرا لاقتران الضمير بالظرف فاذا وقعت الاولى
بانت فتصادفها الثانية ايضا مبانة قال او قبلها واحدة او بعد واحدة
او مع او معها وقعتا ٥ اذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او واحدة بعد واحدة
او واحدة مع واحدة او واحدة معها واحدة يقع ثنتان اما الاول فلانه قرن الظرف بالضمير

طلاق من طلق امراته [قبل ال]دخول بها ثلثا فله [ان يتزوج]ها بلا تحليل واما ان طلقها ثلثا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره في حق المدخول بها

فكانت القبلية صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي والاولى واقعة في الحال والايقاع
في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع فيقعان جملة واما قوله بعد واحدة فالبعدية
صفة الاولى لخلو الظرف عن الضمير فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل الواقعة
في الحال فيقترنان وقوعا واما مع واحدة ومعها واحدة فلان مع للقران ظاهرة سوا اقترن
بها الضمير او لم يقترن فيقعان جميعا قال او ان دخلت الدار او تزوجتك فطالق
وطالق وطالق فبالاولى اتفقه وقالا بالكل رجل قال لامراته ولم يدخل بها ان دخلت الدار
فانت طالق وطالق وطالق او قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق فدخلت
الدار او تزوجها بانت بالاولى عند ابي حنيفة وقالا وقعت الثلث وقد ظن بعض اصحابنا في هذه
المسئلة ان ابا حنيفة رحمه الله يجعل الواو للترتيب حيث اوقعها مرتبة وان صاحبيه يجعلان
الواو للقران حيث اوقعا الكل جملة واصل الخلاف في ذلك ليس مبنيا على هذا الحرف
وانما هو على اصل اخر وهو ان تعليق الطلقات الثلث بالشرط المقدم بحرف العطف ما
موجبه فقال ابو حنيفة موجب ذلك التفرق وقالا موجبه الجمع والاتحاد لان الثانية جملة
ناقصة شاركت الاولى فيما تمت به الجملة الاولى والتعليق يمين وليس بتطليق والترتيب المعطوفات
حاصل في الكلام والتعليق لاجل الوقوع عند وجود الشرط كما لو كرر التعليق وكما اذا عطف
واخر الشرط وابو حنيفة يقول اذا قدم الشرط اختلف حال التعليق لان الثانية لا يمكن
تعلقها بالشرط الا بعد تعلق الاولى وكذلك الثالثة التعلق بالشرط الا بعد الاولى
والثانية فانه لا يصح ان يقال ان دخلت الدار وطالق فكانت الواسطة ضرورية في صحة
تعليق الطلقتين بالشرط فالترتيب ضروري في صحة التعليق لا من حيث اقتضا الواو الترتيب
او للقران ثم الواقع عند وجود الشرط هو الذي كان معلقا بالشرط وقد تعلق مرتبا فنزل
لذلك لانه كالمرسل عند وجود الشرط فتبين بالاول ضرورة التفرق في الوقوع بخلاف
ما اذا اخر الشرط لاتحاد حال التعليق حينئذ وعدم الضرورة الى الواسطة فصار موجب
الكلام الاتحاد وبخلاف ما اذا اعاد الشرط عند ذكر كل تطليقة لان تعليق كل واحدة
بالشرط كامل بغير واسطة وانما التفرق في ازمنة التعليق وذلك لا يوجب التفرق في المعلق
بالشرط قال او ثم فان قدم الشرط فالاولى معلقة والثانية منجزة او اخر فالاولى منجزة
والثاني لغو وان قدم في المدخول بها فالاولى معلقة والثاني منجز وقالا تعلق الكل
مطلقا هذه اربع صور ثلثة منها من الزوايد والثالثة مذكورة في المنظومة في باب
ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرتها في اصول الفقه مع اخواتها واصل الخلاف

بين ابي حنيفة وصاحبيه وأساسه ذلك وتحريرها انه اذا علق الطلاق فاما ان تقدم
الشرط او يؤخره وكل منهما اما في المدخول بها او في غير المدخول بها اما الاولى
فاذا قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلقت الاولى
عند ابي حنيفة وتنجزت الثانية ولغت الثالثة واما الثانية فان يؤخر الشرط ويقدم
الجزاء يقع الاول عنده ويلغوا ما بعدها واما الثالثة فان يقول ذلك للمدخول بها
ويقدم الشرط تتعلق الاولى ويتنجز الثانيات واما الرابعة فان يؤخر الجزاء تتعلق
الثالثة ويتنجز الاوليان وقال ابو يوسف ومحمد تتعلق الثلث في الصور كلها واذا
وجد الشرط طلقت المدخول بها ثلثا سواء تقدم الشرط او تأخر وطلقت غير المدخول
بها واحدة تقدم الشرط او تأخر والاصل ان ثم حرف موضوع للعطف مع التراخي
اتفاقا لكن اثر التراخي عند ابي حنيفة في انقطاع حكم المعطوف عن المعطوف عليه كانه
سكت على الاول واستأنف حكم الثاني تحقيقا لمعنى كمال التراخي الذي وضع هذا الحرف
دالا عليه في الوجود والتكلم جميعا وقال ابو يوسف ومحمد اثر التراخي راجع الى الوجود
لا في التكلم والتعليق لان ثم يقتضي العطف في التكلم فيجتمع الكل في التعليق عملا بالعطف
ويترتب على الترتيب عملا بالتراخي فاذا كانت المرأة مدخولا بها يقع الكل على الترتيب لقيام
المحل واذا كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولغا الباقي وابو حنيفة رحمه الله يقول
اذا تقدم الشرط في غير المدخول بها تعلقت الاولى ثم يحصل مستأنفا للطلاق بعده
فيتنجز الثانية فتبين ويلغوا الثالثة لفوات المحل واذا اخر الشرط وقعت بنجزه كانه
سكت عليها فلم يتعلق ما بعدها فاذا بانت بها فات متان لغوا لانه تعليق في غير الملك
واما المدخول بها اذا قدم الشرط تعلقت الاولى ويحصل في الباقي مستأنفا فيقع الثانية
لعدم تعلقها بالاولى والثالثة ايضا لقيام العدة واذا اخر الشرط وقعت الاولى والثانية
وتنجزتا لعدم تعلقهما بالشرط والعدة باقية وتعلقت الثالثة لقيام المحل قال
ويخير تعليقه بالنكاح واجازوه مع التعميم اذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق او كل
امرأة اتزوجها فهي طالق صح التعليق ووقع الطلاق عقيب النكاح وقال الشافعي لا يقع
والخلاف فيه مبني على ان التعليقات ليست باسباب في الحال عندنا وعنده هي
اسباب وقال مالك رحمه الله عقد الطلاق قبل التزوج على ضربين ان تعقد ما لا يسد
على نفسه طريق الاستباحة فيصح ويلزم كما اذا عين بلدا بعينه او قبيلة بعينها او امرأة بعينها
او نوعا من النساء معينا او صفة مخصوصة او عم وخص اجلا بعينه يبلغه عمره كالسنة والسنتين

على حسب عمره وقت اليمين مثل ان يقول من تزوجت من العراق او من العجم او كل بكرا
او سوداء او من تلد لها ولدا او في هذه السنة واما اذا لم يستثن لنفسه شيئا وسد طريق
الاستباحة بان قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق لم ينعقد طلاقه ولم ينعقد يمينه اما
انعقاده عند التعيين فلانه اضاف الطلاق الى حالة يملك فيها ابتداء ايقاعه فيصح ذلك
اعتبارا به اذا اضافه الى حال الملك كقوله ان دخلت الدار فانت طالق واما عدم
انعقاده حالة التعميم فلقوله تعالى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم ولانه سد على نفسه طريق
استباحة البضع فوجب ان لا يلزمه لان في ذلك تعريضا لنفسه للزنا وما افضى الى ذلك فهو
موضوع وللشافعي انه لو وقع لوقع بالموجود منه عند التعليق فيكون تطليقا وقد قال
عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان الموجود منه تصرف يمين لتعلقه بالحالف لقيامه
به لا بقيام الملك عند اليمين لان الوقوع عند وجود الشرط والملك موجود حينئذ وليس اثر
اليمين الا المنع من ايجاد الشرط وذلك يقوم بالحالف فصح التعليق والحديث محمول على
التنجيز نقل ذلك عن الشعبي والزهري وغيرهما وليس هذا تحريما للبضع انما هو امتناع
عن تحصيله والحيلة في ذلك لمن وقع منه ان يتولى فضولي تزويجه ثم يجيز هو النكاح بالفعل
لا بالقول ذكره في الفتاوى وان ترافعا الى قاض شافعي فحكم بفسخ النكاح وفسخ اليمين
بعد دعواها النكاح والمهر فان امضاه قاض حنفي بعد ذلك كان احوط قال
ولو قال ان تزوجتك فانت طالق قبله لغو رجل قال لاجنبية ان تزوجتك فانت
طالق قبل ان اتزوجك ثم تزوجها لم يقع عليها شيء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يقع عقيب النكاح لانه علق الطلاق بالنكاح واراد ان يوقع ذلك الطلاق الواقع قبل النكاح
فلم يقدر فلغا ذكر ذلك الوقت كما لو قال اليوم غدا اليوم ولهما ان المعلق بالشرط
كالمرسل عند وجوده ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لا يطلق فكذا هذا وما ذكره
محتمل فلا يقع بالشك قال واذا علق بشرط باحد الفاظه كان واذا واذا
ما ومتى ومتى ما وكل وكلما في ملك او مضاف اليه صح ولا يبطل بزوال الملك فان وجد فيه
انحلت اليمين ووقع المعلق عقيبه والا انحلت ولم يقع ولا يتكرر الا في كلما واثبتنا
التكرار فيها الثلث وابطلناه بتنجيزها اما صحة تعليق الطلاق بالشرط فمتفق
عليه لكن الخلاف بيننا وبين الشافعي في ان التعليق سبب للطلاق في الحال او هو سبب
عند وجود الشرط فعنده هو سبب في الحال وعمل الشرط في منع ترتب اثره عليه وعندنا
هو ليس في الحال وانما يصير سببا عند وجود الشرط وقد مر الكلام في هذا الفصل في كتاب

النكاح وَامّا الالفاظ المستعملة في التعليق فالاصل فيها ان لانه لا دلالة فيها على الزمان وباقي
الفاظ الشرط تدل على الزمان كما مرّ وانما استعملت هذه الالفاظ في الشرط لانها موضوعة
لذلك وكلمة كل ليست بشرط لان الشرط ما يليه الفعل وهذه يليها الاسم الا ان الذي شرع الحاقها
بالشروط تعلق الفعل بالاسم الذي يليها كقولك كل عبد اشتريه فهو حر ومقتضاها العموم في
الافعال فلذلك اقتضت التكرار بخلاف باقي الفاظ الشرط واما شرط صحة التعليق فان
يكون في ملك او مضافا الى ملك اما الملك فمثل ان يقول لامرأته انت طالق ان دخلت هذه
الدار او لعبده ان كلمت زيدا فانت حر واما الاضافة الى الملك فمثل ان يقول لاجنبية ان تزوجتك
فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق او كل عبد اشتريه فهو حر وهذا لان معنى اليمين
وهو الحمل على الفعل او المنع منه لا يتحقق الا وان يكون الجزاء اما متحققا عند وجود الشرط
او غالب الوجود عند وجوده ليكون في نوعه تخويفا ليتحقق الحمل او المنع ولا ذلك الا بالملك او
الاضافة اليه فانه حال الاضافة الى الملك يكون الجزاء واقعا لا محالة وحال قيام الملك يكون الجزاء
غالب الوجود نظرا الى استصحاب الحال اما اذا لم يكن في ملك ولا اضافة بان قال لاجنبية
ان دخلت الدار فانت طالق لم يفد التعليق فائدته وهو الحمل والمنع اذ الجزاء حينئذ لا يكون متحققا
ولا غالب الوجود فلم ينعقد اليمين لفوات فائدته واما ان زوال الملك لا يبطل اليمين فكما اذا قال
ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها بواحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها فدخلت الدار طلقت
لان الشرط والجزاء باقيان اما الشرط فلانه لم يوجد واما الجزاء فلقيام محله فبقاء الملك عليها
فبقي اليمين فان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع المعلق عقيبه لان الحل اذا وجد في ملكه فقد
وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل وانتهت اليمين بانتهاء الشرط والجزاء وان وجد الشرط في غير
ملك انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع شيء لعدم قبول المحل ولا يتكرر الجزاء بتكرر الشرط الا في كلما لا
لاقتضائها العموم المستلزم للتكرار حتى ينتهي الطلقات الثلث بخلاف غيرها لعدم اقتضاء ذلك فبوجود
الشرط مرة ينتهي الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط ثم اذا تزوجت بعد الثلث بزوج آخر وعادت
اليه فوجد الشرط في الملك الثاني لم يطلق عندنا وقال زفر يقع الطلاق وهذا الخلاف من الزوائد
له اقتضاء كلمة كل للتكرار ولنا انه انما علق ما يملك من الطلقات وقد انتهى ذلك وهو الجزاء
فينتهي اليمين ضرورة وكذلك خلافه في انه اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم نجزها
فقال انت طالق ثلثا فتزوجت بزوج آخر ثم عادت اليه فدخلت الدار لم يطلق عندنا وقال
زفر يطلق ثلثا له ان زوال الملك لا يبطل التعليق فانه لو قال لعبده ان دخلت هذه الدار
فانت حر ثم باعه وعاد الى ملكه فدخلها عتق واعتبارا بتنجيز الواحدة والثنتين فانه لا يمنع بقاء التعليق

في الثلث فكذلك تنجيزها ولنا انه بوقوع الثلث عليها لم يبق محلا للطلاق لانه شرع لرفع
الحل الثابت بملك الطلقات الثلث واليمين تفوت بفوات محلها كما تفوت بفوات شرطها فانه
اذا قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق فجعلها بستانا بطلت اليمين وكذا اذا مات محل اليمين
بخلاف البيع لانه بصفة الرق كان محلا وقد عاد بتلك الصفة والبيع لم يبطلها وبخلاف ما لو طلقها
واحدة او ثنتين لان الحل الثابت بقي اليمين فاذا استفاد جنس ما انعقدت عليه اليمين من الحل قام الحل
المستفاد مقام الثابت منه وسد مسد ما فات منه وسرى اليه حكمه كما اذا استفاد النصاب في اثناء
الحول وبقي درهم ثم تم النصاب في آخر الحول فانه يسد مسد ما فات بخلاف ما لو لم يبق شيء واستفاد
مالا آخر فانه لا يسري اليه حكم المال الاول لانقطاعه فكذا هذا قال وحاصله مرتدا ابطل
تعليقه رجل قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ثم عاد
مسلما وتزوجها فدخلت الدار لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا طلقت لان زوال الملك بعد التعليق
لا يبطله فاذا دخلت الدار بعد وجد الشرط في ملك فانحلت اليمين ووقع الطلاق وله ان بقاء
تعليقه باعتبار قيام اهليته وبالارتداد بطلت العصمة ولحق بالجماد فلم يبق تعليقه لفوات الاهلية فاذا
عاد الى الاسلام لم يعد ذلك التعليق الذي حكم بسقوطه لاستحالة عود الساقط قال واوقعها
البائن المعلق بشرط وجد في عدة بائن منجز رجل قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق بائن ثم
طلقها طلاقا بائنا منجزا ثم وجد الشرط في عدتها وقعت عليها تطليقة اخرى بائنة وقال زفر لا يقع
لان المعلق بالشرط مرسل عند وجوده ولو طلقها بائنا في عدتها من بائن منجز لم يقع فكذا هذا ولنا
ان التعليق صحيح وقد وجد الشرط وهي محل لوقوع الطلاق عليها لانها في عدة النكاح فنزل الجزاء
كما لو كانت في عدة من طلاق رجعي قال ولو قال كلما تزوجتها فهي طالق فتزوجها في يوم ثلثا
ودخل في كل مرة الزمه اربعة مهور ونصف واما بانها بثلث وحكما بطلقتين ومهرين ونصف
رجل قال لامرأته كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة
قال ابو حنيفة وابو يوسف طلقت طلقتين وعليه لها مهران ونصف وقال محمد بانت منه بثلث
وعليه لها اربعة مهور ونصف وهذا فرع ما تقدم في النكاح ان المرأة اذا نكحها الزوج في
عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعند محمد عليها تمام العدة الاولى وعليه نصف مهر وقالا
عليها عدة مستقبلة ولها عليه المهر المسمى في النكاح الثاني كاملا فمحمد يقول لما
تزوجها اولا وقعت طلقة لوجود شرط الطلاق ووجب نصف مهر لانه طلاق قبل الدخول
وبالدخول بعده وجب مهر للشبهة ولما تزوجها ثانيا صح والدخول الاول ليس بدخول في
هذا النكاح الثاني على اصله فوقع الطلاق للشرط وهو قبل الدخول ايضا فوجب نصف

مهر ثم بالدخول مهر آخر فطلقت ثلثا لوجود الشرط ثلث مرات ووجب بكل نكاح نصف
مهر وبكل دخول مهر فصار اربعة مهور ونصف وعندهما انه لما تزوجها اولا وقع الطلاق
لوجود الشرط ووجب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول بها على شبهة يوجب به مهر ثم
تزوجها ثانيا توجد شرط الطلاق الثاني فوقع وهذا طلاق بعد الدخول على اصلهما الاستناد
رجعيا بانه توجب عليه مهر تام وهذا طلاق رجعي فاذا دخل بها بعده صار مراجعا فلما تزوجها
لم يكن نكاحا فلم توجد شرط طلاق آخر فلم يقع الثالث بل كان الواقع طلقتين لا غير ووجب مهر
ونصف نصف بالطلاق الاول قبل الدخول ومهر بالوطء الاول وطلاق بان بالنكاح الثاني
ومهر بالطلاق بعده ولا اعتبار للنكاح الثالث لانه اثبات ما هو ثابت ولا يجب عليه شيء
بالوطء الثاني لكونه مراجعا قال — او ثانيا الزمه تلك المهور وهي خمسة ونصف بانت
ثلث فلو كان قال لها ان تزوجتك فانت طالق فان تزوجها ثلث مرات في يوم ودخل بها كلام
في كل مرة فقد بانت بثلث طلقات بالاجماع ولها اربعة مهور ونصف عند محمد وقالا
عليه خمسة مهور ونصف اما محمد فانه اعتبر بالمسئلة السابقة لان الدخول في العقد
الاول ليس بدخول في الثاني عنده واما ابو حنيفة وابو يوسف فانهما قالا لما تزوجها اولا
طلقت ووجب نصف مهر وبالدخول بعده مهر للشبهة وبالنكاح ثانيا طلقت بائنا وهو
طلاق بعد الدخول عندهما فوجب مهر كامل وبالدخول عنده مهر آخر للشبهة ولم
يصر مراجعا به لان الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثالثا وهو بعد الدخول حكما فوجب
به مهر كامل ثم بالدخول بعده مهر آخر فصارت الطلقات ثلثا لان النكاح ثلث والمهور
خمسة ونصف نصف بالطلاق الاول لانه قبل الدخول ومهر بالطلاق الثاني ومهر بالطلاق
الثالث وثلثة مهور بالدخول حقيقة ثلث مرات قال — ولو اختلفا في الشرط كان القول
له والبينة لها لانها مدعية شيئا فتقبل بينتها والزوج منكر والقول للمنكر مع
اليمين قال — فان استفيد منها اعتبر قولها في حقها كان حضت فانت وفلانة فاخبرت
طلقت خاصة ويشترط استمرار الدم ثلثة فان قال حيضة فبطهارتها وكالتعليق بحبها وبغضها
فان قال بقلبك عكس ما وفقاه وهذا لانها امينة في ذلك ولا يعرف الا من جهتها والشرع
اعتبر قولها في ذلك في العدة والوطء الا انه في حق ضرتها شهادة وهي فيها متهمة فلم يقبل
في حقها واذا رأت الدم في قوله ان حضت فانت طالق لم تطلق بمجرد ذلك حتى يستمر ثلثة
ايام لان ما ينقطع دون الثلث لا يكون حيضا فاذا تمت الثلث حكمنا بالطلاق حين رأت
الدم لانه تبين بالامتداد انه حيض من الابتداء ولو كان قال ان حضت حيضة فانت طالق

لم تطلق حتى تطهر من حيضها لانها عبارة عن الكاملة ولهذا حمل عليه في حديث
الاستبراء وكمالها بتمامها وذلك بالطهر منها واما التعليق بحبها وبغضها فانه شرط
لا يعلم الا من جهتها فيصدق فيه باخبارها فاذا قال ان كنت تحبيني او تبغضيني فانت طالق
فقالت انا احبك او ابغضك وقع الطلاق عليها ولو كان قال فانت طالق وفلانة طلقت خاصة
لا هي واذا قال ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك وهي كاذبة قال محمد لا يقع الطلاق
لانه لما علق الطلاق بمحبتها بالقلب تعلق ذلك بحقيقة الحب وما لا يقع لان المحبة لا تكون الا بالقلب
فكان ذكره والسكوت عنه سواء ولو سكت عنه لم يتحقق حقيقة الحب لانه لا اطلاع عليه
فادير الحكم على السبب الظاهر وهو الاخبار وعنهم كذا هذا

فصل في الاختيار والمشية

قال — واذا قال اختاري ينوي الطلاق يتقيد بالمجلس لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل الاختيار والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كالبيع والهبة
ونحوها الا ان ساعات المجلس واحدة حكما ولا يقال ان مقتضى التمليك القبول في المجلس دون
التصرف فيه لانا نقول هذا تمليك في ضمن الطلب فوجب ان يكون القبول في ضمن الفعل
فيكون القبول على وفق الايجاب ولا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخيرها في نفسها ويحتمل
تخيرها في تصرف آخر غيره فكانت النية مميزة للمراد قال — فان تبدل حقيقة او حكما بطل
تبدل المجلس حقيقة بالانتقال عنه الى مجلس آخر وذلك دليل الاعراض عن الخيار فيبطل وتبدله
حكما ان يشتغل بعمل آخر لان مجلس الاكل غير مجلس البيع والشرا وغير مجلس المناظرة بمعنى
والاخذ في عمل آخر دليل الاعراض ايضا ولا تعتبر العذر فان محمدا رحمه الله يقول اذا
اخذ الزوج بيدها واقامها من المجلس بطل خيارها وقد اشرت الى ذلك حيث قلت فان تبدل
مجلسها لكون ذلك اعم من تبدلها بنفسها او بغيرها ولو كانت في صلوة مكتوبة او وتر فاتمتها
لا يبطل خيارها وكذا في التطوع اذا اتمته ركعتين لانها ممنوعة عن قطع العبادة
شرعا فان تمت التطوع اربعا بطل لان الزيادة على الركعتين في النفل كالدخول
في صلوة اخرى فكانت معرضة وعن محمد في الاربع قبل الظهر لا يبطل وان تمتها اربعا هو
الصحيح والقعود بعد القيام لا يبطل الخيار لانه دليل التروي والتفكر وكذا الاتكاء بعد
القعود والقعود بعد الاتكاء لانه هيأة الجلوس فليس دليل الاعراض وقيل الاتكاء بعد
القعود يبطل لانه دليل التهاون بالامر والاول اصح ولو كانت على دابة فوقفت
تبقى خيارها وان سارت بطل الا ان تكون مع سير الزوج لان السير مضاف اليها

فكان المجلس مسندًا قال وإن اختارت نفسها كانت بائنة ولم يوقعوا الثلاث
وإن نواها وذلك لأنها إذا اختارت نفسها فقد تخصصت بها دون غيرها ولا ذلك
إلا بالبينونة ولا يكون ذلك ثلاثًا وإن نواها الزوج خلافًا لمالك والكلام فيه كما مر
في الكنايات وهذا لأن الاختيار لا يتنوع إلى غليظة وخفيفة والقياس
أن لا يقع بهذه شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فلا
يملك التفويض إلى غيره بها إلا أنا عدلنا عن القياس إلى الاستحسان لإجماع الصحابة
ولأن الاختيار إليه في استدامة نكاحها أو مفارقتها فكان له أن يقيم غيره مقام نفسه
في حق هذا الحكم قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها وهذا كما
يقول اختاري نفسك فتقول هي اخترت أو تقول اختاري فتقول اخترت نفسي ولو قال
اختاري فقالت اخترت فليس بشيء لأن ذلك عرف بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو في
ذكر النفس من أحد الجانبين ولأن المبهم لا يصلح مفسرًا للمبهم فلم يقع لفظة الاختيار
تفسيرًا لمثلها لأن هذا اللفظ ليس موضوعًا للطلاق وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسرًا
فإذا لم يكن مفسرًا لم يقع به شيء وذكر في المحيط أنه لا بد من ذكر النفس أو التطليقة
أو الاختيارة في أحد الكلامين أما ذكر النفس فلما قلنا وأما التطليقة فظاهر وأما الاختيارة
فلأن الهاء دليل الوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار
مفسرًا من جانبه ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي وقع الطلاق والقياس أن
لا تطلق لاحتمال الوعد فلا يتخذ جوابًا فصار كما لو قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق
نفسي والاستحسان أن تقع لإجماع الصحابة ولأن الشرع جعل ذلك الجانب منه جوابًا منها
فإنه روي أنه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا
الآية بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها فقال إني أخبرك بشيء
فلا عليك أن لا تجيبيني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر
أبوي يا رسول الله بل أختار الله ورسوله وأرادت بذلك الاختيار بالحال وجعله رسول
الله صلى الله عليه وسلم جوابًا منها ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال
كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد بخلاف قوله أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال لأنه
ليس حكاية عن حال قائمة وقولها أنا أختار نفسي حكاية حال قائمة وهو اختيارها نفسها
لأن الاختيار عمل القلب واللسان مترجم فأمكن أن تختار بالقلب وتعبر عنه باللسان
أما الطلاق فعمل اللسان لتعلقه بالصيغة فلم يمكن أن يكون حكاية حال قائمة قال

ولو قال اختاري نفسك اليوم وبعد غد فردت اليوم لم يبق لها بعد الغد رجل قال
اختاري نفسك اليوم وبعد غد فهذا اختياران وقال زفر هو خيار واحد وفي
فإذا ردت اليوم ارتدا جميعًا لأن حكم الزمان المعطوف حكم المعطوف عليه بضميمة
للواو والمنضمة بالجمع فصار كما لو قال اختاري نفسك هذين الزمانين وصار كقوله
اليوم وغدًا ولنا أن أحد الوقتين غير متصل بالآخر لتخلل وقت غير مذكور لا يثبت فيه
حكم الاختيار فلم يكن ذكر الوقت الثاني لأجل امتداد الأمر الأول إليه فلا بد من أمر
آخر إذ الظرف لا بد له من مظروف بخلاف قوله اليوم وغدًا لاتصال الوقتين فكان
ذكر الغد لامتداد الأمر الأول إليه وهو ممكن فلا ضرورة إلى إثبات أمر آخر فكان الأمر فيه
واحدًا قال وإن قال اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة
فهي ثلاث وقالا واحدة إذا كرر لفظة الأمر بالاختيار ثلاثًا فاختارت أحدها وقع
عليها ثلاث طلقات وقالا لا يقع إلا واحدة ولا حاجة إلى نية الزوج ولا ذكر النفس بالإجماع
لدلالة التكرار عليه لأن الاختيار في الطلاق هو الذي يتكرر لهما أنها اختارت
واحدة فيقع ما اختارت فصار كما لو قالت اخترت تطليقة أو قالت قد طلقت نفسي
واحدة وله أن بعضها للأولى والوسطى والأخيرة لغو فيتجرد الاختيار فيقع به الثلاث
وهذا لأن الأولى اسم للواحدة السابقة والأخيرة للواحدة اللاحقة والوسطى للمتخللة
بين متساويين وهذه الأوصاف الدالة على الترتيب ساقطة عنه لاجتماع في الملك
كاجتماع القوم في المكان لا ترتيب لهم في ذواتهم حالة الاجتماع وإن كان الترتيب في مجيئهم
وإذا ألغي الترتيب بقي قولها اخترت وإنه موجب للثلث ولأنه بقوله اختاري
علق طلاقها بجوابها وبالتكرار علق الثاني بما علق به الأول وكذلك الثالث
لأنه لو كان معلقًا بجواب آخر يبطل لأن البائن لا يلحق البائن فلما صح ثبت أن الكل معلق
بجواب واحد فإذا أجابت فقد وجد الشرط ووقع الثلث كما لو كرر إن دخلت الدار فأنت
طالق ثلاث مرات فدخلت مرة طلقت ثلاثًا لوجود شرط الكل ولهذا لو قالت
اخترت نفسي مرة أو بمرة أو بواحدة أو واحدة أو اختيارة أو اخترت طلقت ثلاثًا
لأنه جواب الكل بخلاف قولها تطليقة أو طلقت واحدة لأنه تصريح بالطلقة الواحدة
قال أو من ثلث ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين لا غير إذا قال لامرأته
اختاري من ثلث طلقات ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وليس
لها أن تطلق الثلث عند أبي حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثًا إن شاءت لأن كلمة

ما يحكمه في العموم ومن يحتمل التبعيض ههنا والتمييز فحملنا المحتمل على المحكم
كقوله كل من هذا الطعام ما شئت وله ان ما ان حملت على التبعيض كانت ما عامة في
بعض الثلث دون كلها وان حملت على التمييز كانت ما عامة في كلها فوقع الشك
في ملكها الطلقة الثالثة فلا يقع بالشك بخلاف الطعام فان دلالة الحال تقضي الجود
فحملت على التعميم بخلاف الطلاق لا يستفاد لا لهذا التعميم حيث يحترز عن وقوع الثلث اشد التحرز
قال ولو قال طلقي نفسك تقيد بالمجلس وليس له الرجوع فان طلقت كانت رجعية
وان نوى ثلثا فاوقعها وقعت اما المجلس فلان الامر بتطليقها نفسها تمليك لانه لا يمكن
ان يكون توكيلا في حق نفسها والتمليكات تختص بالمجلس واما عدم الرجوع فلانه
تمليك في ضمنه تعليق لانه تعليق الطلاق بتطليقها فيكون يمينا فلا يصح الرجوع عنه لانه
تصرف لازم وهذه من الزوايد فاذا طلقت نفسها ولم يكن له نية في قوله طلقي نفسك
او كان نوى واحدة وقعت طلقة واحدة رجعية وان كان نوى ثلثا فاوقعت ثلثا وقعن
عليها لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل الطلاق وهو جنس يقع على الادنى
المتيقن به ويحتمل الكل عند الارادة والنية كسائر اسماء الاجناس ويكون الواحدة رجعية
لان المفوض اليها صريح الطلاق وانه يعقب للرجعة ولو نوى اثنتين لم يصح لانه نية
العدد الا اذا كانت امة فيكون الطلقتان جنس طلاقها فيصح قال او متى
شئت عمم اذا قال لها طلقي نفسك متى شئت او اذا شئت او اذا ما شئت فلها
ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما لو قال
في اي وقت شئت قال او وكل به عمم وصح الرجوع اذا قال لرجل طلق
طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل والتوكيل
استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها
فكان تمليكا لا توكيلا وهذه من الزوايد قال او ان شئت فقيدناه بالمجلس
ومنعنا عزله رجل قال لآخر طلق امرأتي ان شئت اختص بالمجلس ولا يملك عزله
وقال زفر يعم المجلس وغيره ويملك عزله عنه لان التقييد بالمشية لغو لانه لا يطلق
الا بمشيته فبقي قوله طلقها وهو توكيل كقوله بع عبدي هذا ان شئت ولنا
ان تطليقه بالمشية يدل على ان مراده التمليك دون التوكيل الذي هو استعانة به
لان التوكيل في هذا كالرسول لانه سفير ومعبر والتعليق بالمشية دليل التمليك
فان المالك هو الذي يتصرف على المشية والموكل انما يتصرف على مشية الموكل

والتنصيص على المشية دليل اثبات المالكية له وتنافي صورة الشرط فكان تمليكا
معنى وتعليقا صورة فلم يصح رجوعه عنه لاستلزامه ابطال الملك على المفوض
اليه بدون رضاه وابطال التعليق وانه غير ممكن فوجب اللزوم بخلاف
ما لو لم يقيد بالمشية لانه توكيل واستنابة لا تمليك وانه ينافي اللزوم معنى
وان نافاه صورة فلا يثبت اللزوم بالشك وههنا نافاه ونافى اللزوم فافترقا والبيع
غير قابل للتعليق فيبطل ذكر المشية فيبطل معنى التمليك فيبطل اللزوم بخلاف الطلاق
لقبوله التعليق والتمليك فيثبت اللزوم قال او انت طالق كيف شئت
فهو واقع مطلقا والكيفية بمشيتها في المجلس ان نوى واوقفاه عليها اصلا ووصفا
رجل قال لامرأته انت طالق كيف شئت قال ابو حنيفة رحمه الله يقع عليها طلقة
واحدة رجعية اذا سكتت شاءت في المجلس او لم تشأ ثم تتعلق كيفية هذه الطلقة الواقعة
بمشيتها في المجلس فان قالت قد شئتها باينا وقع باينا ان نوى الزوج ذلك وان شاءت ثلثا
كان ثلثا ان كان نوى وقالا لا يتوقف اصل الطلاق ووصفه على مشيتها فان شاءت في المجلس
وقع وان لم تشأ وقوع شيء لم يقع لانه اراد ايقاع الطلاق على الوصف الذي شاءت ولا يمكن
ذلك الا بان يتوقف اصل الطلاق بمشيتها ليقع على الوصف الذي شاءته فيتعلق اصله على
على المشية بالضرورة وله ان كلمة كيف للاستيصاف والتفويض في وصف الطلاق
يقتضي وجود اصله ووجوده بوقوعه فاذا وقع ثم شاءت تكون باينا او ثلثا كان كذلك
ان نوى الزوج بنا على مذهب ابي حنيفة رحمه الله في جعل الرجعي باينا وثلثا وانما
شرط النية لتثبت المطابقة بين مشيتها وبين ارادته فلو ارادت ثلثا والزوج واحدة
باينة او على العكس يقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج
وان لم تحضره نية قالوا تعتبر مشيتها جريا على موجب التخيير قال او ان شئتما
فانتما طالقان شرطنا المشية به عليهما منهما رجل قال ان شئتما فانتما طالقان فالشرط
في وقوع الطلاق عليهما حصول المشية بطلاقهما منهما جميعا حتى لو شاءت احداهما
طلاق نفسها دون الاخرى او شاءتا طلاق واحدتهما او شاءت احداهما وشاءت الاخرى
طلاقهما فلا يقع وقال زفر يقع الطلاق على التي شاءت لانه لو خاطبها تناول كلا منهما
فكذا اذا خاطبهما بطلاق معلق بالمشية فصار كانه قال لكل منهما انت طالق ان شئت ولنا
ان معنى قوله ان شئتما اي طلاقكما ضرورة اضافة المشية الى ما يتعلق به وهو منوي محذوف
من اللفظ مدلول عليه بقوله طالقان ومشية احداهما طلاقهما او مشيتهما طلاق احداهما

فوجد بعض الشرط فلا ينزل شي من الجزاء كقوله ان دخلتما هذه الدار وكلمتما زيدا فانتما طالقان
وقد ذكر في الحصر في تعليل زفر كما لو قال ان دخلتما دارا ركبتما دابتكما وهذه المسئلة مروية
في الجامع الكبير وغيره من الكتب المعتبرة والحكم فيها مخالف لما ذكره في الحصر فان
دخولهما دارا ركبهما شرط لوقوع الطلاق عليهما بالاجماع واهل السهو في ذلك من الكاتب
قال او انت طالق غدا ان شئت ابتنا الخيار في غد لا في المجلس رجل قال
انت طالق غدا ان شئت ثبت الخيار لها في الغد وقال زفر في المجلس ولو كان قدم الشرط
فقال ان شئت فانت طالق غدا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان لها المشية في الغد
وظاهر المذهب ان لها الخيار في المجلس لا في الغد وزفر يثبت الخيار في المجلس في الصورتين
لان قوله ان شئت شرط ولم يتفاوت الحال بين تقدم الشرط وتاخره في اللفظ فان الجزاء
لا ينزل ما لم يوجد بدليل انتفاء الفرق بين قوله ان دخلت الدار فانت طالق وبين
قوله انت طالق ان دخلت الدار فصار كانه بدا بذكر المشية وجه ظاهر الرواية
فيما اذا قدم الشرط وهو الاقتصار على المجلس المشية عند الايقاع كذلك هذا وجه
اخر وهو الفرق انه لو قال ان شئت فانت طالق واقتصر على ذلك يتقيد بالمجلس فاذا قال
غدا بعد ذكر الطلاق كان تقييدا للطلاق بالغد فيثبت المشية مقيدة بالمجلس واما اذا
قال انت طالق غدا ان شئت فذلك تطليق في الغد وقوله ان شئت تعليق ذلك بالمشية
فيكون في الغد ووجه رواية ابي يوسف ان المشية شرط الطلاق والطلاق موقت
بالغد فكانت المشية كذلك لانه ملكها المشية فيه وصورة المشية ههنا ان تقول
شئت ان اكون طالقا غدا لتفويضه الطلاق اليها في مشيتها في الحال فلو قالت شئت ان
يقع الطلاق اليوم لم يقع في اليوم ولا في الغد لانها شاءت غير ما فوض اليها فاذا ابت
شيئا اخر فصار كقيامها عن المجلس قال او ثلثا الا ان تشاي واحدة فشائها بحكم
بها والغاها رجل قال انت طالق ثلثا الا ان تشاي طلقة واحدة فقالت شئت طلقة
واحدة طلقت واحدة عند ابي يوسف لانه اثبت لها مشية طلقة واحدة وقد شائها
في مجلسها لان المفهوم من هذا الكلام ان يقع الثلث ان لم تشا الواحدة ولا يقع
الثلث ان شاءت الواحدة فاوقعها فكانه قال انت طالق ثلثا الا ان تشاي الواحدة
فاوقعها عليك فلا اطلقك ثلثا ولو قال كذلك فشاءت الواحدة يقع فكذا هذا وقال
محمد لا يقع شي اذا شاءت الواحدة لانه تعذر الحمل على الاستثنا لعدم المجانسة وعلى
الغاية لان الطلاق لا يتوقت فكان الشرط لما بين الشرط والاستثنا من المشابهة باعتبار

تضمنها معنى الغاية من حيث ان في الشرط معنى الغاية لان موجب المعلق ينتهي به وفي
الاستثنا معنى الغاية لان موجب صدر الكلام ينتهي به فكان معنى هذا الكلام الا ان
تشاي الواحدة فلا اطلقك فيكون مشيتها للطلقة الواحدة علما على عدم وقوع الثلث
كانه قال ان لم تشاي الواحدة فانت طالق ثلثا ولو قال كذلك فقالت شئت واحدة لم تطلق
شيئا كذا ههنا قال او ان شاء الله متصلا لم يوقعوه اذا قال انت طالق ان شاء
الله متصلا لم يقع الطلاق وقال مالك رحمه الله يقع لانه طلاق متعلق بشرط محقق فيكون
تنجيزا لانه لو لم يشا الله طلاقها لم يمكن يلفظه وبده ان الاستثنا في اليمين بالله معناه انتفا
الانسان من الحول والقوة ونسبتهما الى الله تعالى فاذا عقد على نفسه يمينا بالله تعالى
واستثنى مشيته فقد حل العقد برده الى منزلة المشية ونسبته الى نفسه العجز عن التمادي
على العقد واذا ذكر مثله في غير ذلك من الايمان فقال مثلا انت طالق ان شاء الله فان
اراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره وان اراد وجود الطلاق فما يريده
بمشيته قديمة عند اهل السنة نطقه انها تجدد محال ولنا قوله عليه السلم من حلف
بطلاق وعتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط
فكان تعليقا من هذا الوجه والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا وصول الى
العلم بوجود الشرط فيكون اعداما من الاصل ولهذا اشترط ان يكون متصلا به كسائر
الشروط لانه بيان تغيير فيشترط اتصاله به واذا سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون
الاستثنا او ذكر الشرط بعده رجوعا فلا يسمع قال او ثلثا وثلثا او حر
وحر ان شاء الله فالمعطوف فصل اذا قال انت طالق ثلثا وثلثا ان شاء الله او
قال انت حر وحر ان شاء الله قال ابو حنيفة رحمه الله يقع الطلاق والعتاق ويلغو
الاستثنا وقالا لا تطلق ولا يعتق لان قوله وثلثا تاكيد كقولك جاني زيد زيد فلا يكون
لغوا فيكون الاستثنا متصلا فيبطل به الايقاع وصار كقوله انت طالق واحدة وثلثا
ان شاء الله وله ان قوله وثلثا لغو لخلوه عن الفايدة وقد تخلل بين الايقاع والاستثنا
فمنع الاستثنا من العمل كتخلل السكتة او كلام اخر بخلاف قوله واحدة وثلثا لان فيه
ثبوت الحرمة الغليظة وههنا هي ثابتة بقوله ثلثا الاولى بخلاف البائنة ولا يجوز ان يكون
تاكيدا لتخلل واو العطف ولان النكرات لا تؤكد بخلاف زيد زيد لكونه معرفة قال
او ان شاء الله انت طالق يجعله تعليقا وهما تطليقا اذا قال ان شاء الله انت طالق بغير
فا في الجزاء قال ابو يوسف هو تعليق للطلاق فلا يقع لانه اتصل الايجاب بما يبطله

وهو الاستثناء يوجب ان يبطل حكمه به وصار كما لو ادخل الفاء في الجزاء او قدمه وقالا هو
تنجيز الطلاق وليس بتعليق لان قوله انت طالق صيغة التنجيز لا التعليق بالشرط لانتفاء فاء الجزاء
الموجبة لارتباط هاتين الجملتين ولا اتصال بدون وجود سبب الاتصال وهو الاداة الموضوعة
لذلك وهذا لان الجملة السابقة لا وجود لها حال وجود الاخرى لان الاتصال لا يحصل
بين موجود ومعدوم الا انه اعتبرت الجملة الثانية مرتبطة بالاولى عند وجود الفاء الموجبة
للاتصال ولم يوجد ههنا حقيقة ولا حكما لعدم نية اضمارها فان الكلام ثم حتى
لو نوى اضمارها لا يتنجز الطلاق ويصدق ديانة بالاجماع ذكره في الجامع الكبير واما في
تقديم الجزاء فليتوقف اول الكلام على اخره اذا كان في اخره ما يغير اوله فيتسع التغيير
عند الاتصال ونفس حرف الشرط موجب للاتصال بين الجملتين التي هي الجزاء والشرط
بخلاف ما اذا اخر الجزاء فافترقا قال ـــــ ولو استثنى من الثلاث بثنتين وقعت واحدة
او واحدة فثنتان اذا قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين
تطلق واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالمستثنى بعد المستثنى منه فلا فرق بين قوله
لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فصح استثناء البعض من الجملة لبقاء ما تكلم
به بعد الاستثناء ولا يصح استثناء الكل لانه لا يبقى بعد الاستثناء ما تكلم به وهذا اذا
الاستثناء متصلا بصدر الكلام لانه مغير لصدره ففي المسألة الاولى الثاني بعد الاستثناء
ثنتان فيقعان وفي الثانية الثاني واحدة فيقع ولو قال ثلثا الا ثلثا وقعت الثلث
لبطلان الاستثناء فيترتب على صدر الكلام موجبه فرع اذا قال انت طالق عشرة
الا تسعة وقعت واحدة ولو قال الا ثمانية وقعت ثنتان والاصل انه اذا اوقع اكثر من الثلث
ثم استثنى فالكلام كله صحيح فالاستثناء عامل في جملة الكلام ولا يكون مستثنى من جملة
الثلث التي صح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي ان كان ثلثا او اقل لان
لان الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم والجملة بلفظ لها جملة واحدة فيدخل الاستثناء
عليها فيسقط ما ضمنه الاستثناء ويقع بقية الجملة ان كان صح وقوعه ولو قال انت طالق
ثلثا الا ثلثا الا واحدة وقعت واحدة لانه يحمل كل استثناء مما يليه فاذا استثنيت الواحدة
من الثلث بقيت ثنتان فاذا استثنيتهما من الثلث بقيت واحدة كانه قال انت طالق ثلثا
الا اثنتين فان قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا اثنتين الا واحدة تقع واحدة لانه استثنى الواحدة
من الاثنتين بقي واحدة فتستثنيها من الثلث بقي ثنتان فتستثنيهما من الثلث بقي واحدة
وكذا لو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة استثني السبعة من الثمانية بقي واحدة

ثم استثناها من التسعة بقي ثمانية ثم استثنيا الثمانية من العشرة بقي ثنتان وعلى هذا جميع
هذا النوع وتفسيره ان تعقد العدد الاول بيمينك والثاني بيسارك والثالث بيمينك
والرابع بيسارك ثم اسقط ما اجتمع في يسارك مما اجتمع بيمينك فما بقي فهو الواقع

فصل في طلاق الفار

قال ـــــ ومن ابان امراته في مرضه ثم مات ورثته وشرطوا كونها في العدة
رجل طلق امراته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته عندنا وقال
الشافعي لا ترث في الجديد وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال مالك
ترث بعد انقضاء عدتها كما ترث قبله للشافعي وهو القياس ان سبب التوارث
هو الزوجية وقد زالت من كل وجه ولهذا لا يرثها الزوج اذا ماتت قبله ولمالك
قول علي رضي الله عنه في حادثة امراة عبد الرحمن بن عوف من فر من كتاب الله رد عليه
والطلاق ذلك يقتضي ارثها اياه مطلقا ولو بعد تزوجها بزوج اخر الا ان المانع قائم لانه
لو مات الزوج الثاني مقارنا للاول يلزم ان ترثهما جميعا في زمان واحد وانه
ممتنع وبعد العدة قبل التزوج هذا المانع منتف فيعمل المقتضي عمله ولنا ان الارث
باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان الزوجية سبب ارثها في مرض موته وقد قصد
ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وانه ممكن
لبقاء بعض اثار النكاح بقي في جواز ارثها اياه بخلاف ما بعد انقضاء العدة لعدم
الامكان لانتفاء سبب التوارث حقيقة وشرعا اما حقيقة فظاهر واما شرعا
فلانه ابيح لها التزوج بزوج اخر وانه مستلزم لزوال النكاح الاول بخلافه وابانه
من كل وجه وبخلاف عدم ارث الزوج منها لانقطاع السبب بابانته من كل وجه
لعدم العدة قال ـــــ ويعلمها بالاقراء وهما بابعد الاجلين اذا ورثت المطلقة
في المرض طلاقا بائنا او ثلثا فعدتها عند ابي حنيفة ومحمد ابعد الاجلين احدهما ثلث
حيض والاخر اربعة اشهر وعشر وقال ابو يوسف عدتها ثلث حيض لان النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ان تعتد بثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا
زال النكاح بالموت وابقاء النكاح في حق الارث امر حكمي فلا يعتبر في تغيير العدة ولهما انه
لما بقي النكاح في حق الارث جعلناه باقيا في حق العدة احتياطا قال ـــــ ولو طلقه
بفعل اجنبي يوجد في مرضه منعنا الارث رجل قال انت طالق ان فعل فلان كذا
يوجد الشرط في مرضه قال ـــــ زفر هو فار فترثه لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط

فكانه طلق الحال وعندنا ليس بفار فلم يرث لانه حين تكلم لم يكن حقها متعلقا بماله
وفي المرض لم يوجد من الزوج فعل فلم يكن فارا قال او بفعلها الضروري طبعا
او شرعا فعلته في المرض بطل توريثها اذا علق الصحيح طلاقها بفعلها الذي لا بد لها
منه كالصلوة والصوم وكلام الاب وكالاكل والشرب والسقي ففعلت ذلك في مرضه
قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يكون فارا وترث منه وقال محمد رحمه الله لا يكون
فارا ولا ترث لانها رضيت به حيث باشرت ما علق به طلاقها في المرض ولان
الزوج لم يصنع في مرض موته شيئا يبطل حقها فلم يرث لزوال الزوجية بالطلقات
الثلث كما لو علق في الصحة بفعل اجنبي ثم وجد في المرض وكما لو علق بفعلها الذي لها
منه بد ولهما انها مضطرة الى مباشرته توجب ان ينتقل فعلها الى الزوج او يلحق بالعدم
في حق حرمانها عن الارث دفعا للضرر عنها بخلاف الاجنبي لانه لا يمتنع عن فعله خوفا
من حرمانها عن الارث فلا تتضرر وبخلاف فعلها منه بد لان التضرر بفوات مصلحة
الفعل الذي لا بد لها منه اكثر من ضررها بفوات مصلحة فعلها منه بد فلم يلزم
من السعي في دفع الضرر الا على السعي في دفع الادنى قال ولو اقر المريض بانقضاء عدتها
من طلاقها في الصحة فصدقته فاقر لها او اوصى لها فلها الاقل منهما ومن ميراثها وكلها
صحتها فقال في مرض موته كنت طلقتك في الصحة وانقضت عدتك فصدقته
ثم اقر لها بدين او اوصى بوصية قال ابو حنيفة رحمه الله لها الاقل من ميراثها منه
ومما اقر لها به او اوصى وقالا لها جميع ما اقر به او اوصى لها به لانه اقر او اوصى لها وهي
ليست في نكاحه ولا في عدته فصح ذلك كالمراة للاجنبية وله انه متهم لجواز انه جعل
الاقرار بالطلاق وانقضاء العدة وصلة الى انفتاح باب الاقرار والوصية ليصل اليها
الاقل متهما دفعا للتهمة ولان المريض محجور عن ايثار بعض الورثة على بعض قال بعض اصحابنا
والصحيح ان العدة تجب عليها من وقت الاقرار وعليه الفتوى ۞

فصل في الرجعة

قال ويراجع المعتدة من رجعي وان لم ترض اذا طلق الرجل امرأته تطليقة
رجعيا طلقة او طلقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بالمراجعة او لم ترض وقوله
من رجعي اي من طلاق يشمل ما اذا طلق الحرة واحدة او ثنتين والامة واحدة لا غير
بصريح الطلاق من غير عوض والاصل في الرجعة قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وهذا
يعم الراضية بالرجعة والكارهة لها لانه لم يفصل والشرط تمام العدة لان الرجعية استدامة

للملك ولهذا سمي امساكا وهو الابقاء ولا يتصور الاستدامة بعد انقضاء العدة لانه لا
ملك حينئذ يستدام والابقاء شرطه البقاء قال ولا تحرم به الوطء الطلاق
الرجعي لا يحرم الوطء عندنا وقال الشافعي يحرم الوطء لان ملك النكاح شرط جواز الوطء
وقد زال بالطلاق ولانه لم يشرع الا رافعا للملك الزوجية قاطعا لها ولنا قوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج والتسمية به حقيقة يستلزم قيام الزوجية
وقيامها يوجب حل الوطء بالاجماع ولانه يملك رجعتها بدون رضاها نظرا له بمكنه
التدارك بعد الندم فكان مستبدا به فكان استدامة للنكاح القائم اذ لو زال لزال
ملك المتعة فيها ضرورة ولو زال ثم استفاده بالرجعة لكان مستفيدا ملك المتعة فيها
بدون رضاها وانه باطل ولو كان انشاء لتوقف على الايجاب والقبول والرضا منها
والمهر والطلاق شرع رافعا للملك الزوجية بعد انقضاء العدة الا ترى انه يملك ايقاع
البائنة في العدة ولو كانت الزوجية زائلة حال وقوع الطلاق لما امكن ايقاع البائنة
لانها تكون بمنزلة ما ازالته الاولى وازالة المزال باطل قال وتثبت بالقول
كراجعتك لان ذلك صريح في معناه وثبت الرجعة به بلا خلاف قال وتثبتها
بالفعل كالمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة الرجعة بالفعل صحيحة كما اذا وطيها
او قبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا
بالقول عند القدرة عليه لان الوطء عنده حرام فكذا دواعيه والحرام لا يصلح سببا
لاستيفاء ملك النكاح الذي هو نعمة ولنا ان هذه الافعال تدل على الرجعة لانها
استدامة النكاح واستيفاؤه ودلالة هذه الافعال على ذلك ظاهرة كما تدل الفعل
على اسقاط الخيار بما ذكر لان له فعلا يختص بالنكاح وهذه الافعال يختص وعلى
الخصوص في الحرة بخلاف المس والتقبيل بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كالقابلة
والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع للمساكنة والزوج يساكنها
في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب الاشهاد
ويستحب الاشهاد ولا توجيه اذا اشهد على الرجعة شاهدين كان مستحبا وقال الشافعي
في القديم هو شرط لا تصح الرجعة بدونه وهو قول مالك وقال في الجديد وهو
الصحيح من مذهبه ان الاشهاد ليس بشرط ووجه القديم قوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم عقيب ذكر الرجعة والامر للوجوب ولنا ان النصوص المطلقة
للرجعة مطلقة عن قيد الاشهاد ولان الرجعة استدامة للنكاح والاشهاد

لست بشرط حالة البقاء كما في الايلاء والاستحباب للتحرز عن التجاحد والامر محمول
عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو مستحب فيها وهذا اولى من حمله على الوجوب
توفيقا بينه وبين النصوص المطلقة عنه قال ـــــــ ومعناه من السفر بها حتى
يشهد اذا اراد ان يسافر بالمطلقة الرجعية فليس له ذلك حتى يشهد على رجعتها وقال
زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا كان له ان يغشاها ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من
بيوتهن اي في العدة وفي المسافرة بها اخراجها من بيتها في العدة فلا يباح الا اذا
عزم على رجعتها فيشهد على رجعتها او يراجعها بدون الاشهاد فلا يكون المسافر بها اخراجا
في العدة حينئذ مباح ولان الطلاق لنكاح وانما تأخر عمله الى انقضاء العدة نظرا
له ليمكنه التدارك فاذا تركه حتى انقضت العدة تبين انه لم يكن له حاجة الى الرجعة
فعمل الاطلاق عمله من حين وجوده ولهذا كانت الاقراء من العدة فكأنه ابانها من حين
طلق فكان مسافرا بالمبانة معنى فاذا اشهد على الرجعة استمر ملكه وبطلت العدة قال
ولو ادعى الرجعة في العدة بعد انقضائها فان صدقته والا فالقول قولها بغير يمين اذا انقضت العدة
فقال كنت راجعتك في العدة فان صدقته في ذلك صحت الرجعة لانه اخبر بما لا يملك انشاءه
الآن فكان متهما في اخباره فاذا صدقته ارتفعت التهمة وان كذبته بقيت التهمة فلم يرتفع
الا ببينة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتي
في الدعوى واما قال فالقول قولها فالجملة الاسمية الموضوعة للتعريف الخلاف بين ابي حنيفة
وصاحبيه وان كان الخلاف مختصا باليمين لانه اردف الجملة بقوله بغير يمين فكان المجموع المركب
وهو قوله فالقول قولها بغير يمين هو قول ابي حنيفة والمجموع المركب وهو فالقول قولها مع اليمين
قول صاحبيه فالخلاف في المجموع المركب من الجملة مع ما تعلق بها من الجار قال ولو قال قد راجعتك
فقالت انقضت عدتي او زوج الامة كنت راجعتك فيها فصدقه مولاها وكذبته فالقول قولها
فيهما هاتان مسألتان الاولى اذا قال الزوج راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي
لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة فالقول قولها في ذلك مع اليمين وقالا تصح الرجعة ولا يكون انكارها
مبطلا لان قوله راجعتك اثبات للرجعة بالقول الصريح والظاهر بقاء العدة حتى تخبر ولم تكن
اخبرت قبل الرجعة فاذا اعقبت قولها قوله لم يكن مبطلا له كما لو سكتت ساعة ولهذا
لو قال طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع وله ان قوله راجعتك انشاء
للرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار مستلزم سبق المخبر عنه لانها امينة في الاخبار
عن انقضائها فثبت انقضاء العدة اما سابقا على الرجعة واما مقارنا لها فلم تصح الرجعة
لاقترانها بالانقضاء او سبقه عليها ومسألة الطلاق على الخلاف وان سلم فالطلاق يقع
بالاخبار بعد الانقضاء ولا كذلك الرجعة فافترقا وبخلاف ما لو سكتت بعد الرجعة لثبوتها

بسكوتها فلا يقبل قولها بعد ذلك المسألة الثانية اذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها
قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها وقالا القول قول المولى
والزوج لهما انها اخبرت عن بقاء ملك المتعة للزوج منها في الزمان الذي الملك فيه للمولى فيه فلم
يصح تكذيبها لانها غير متهمة في ذلك وهذا اختلاف في ملك بضع الامة فالقول فيه قول المولى
وله ان حكم الرجعة يبتنى على العدة وبقائها والقول قولها في ذلك لانها امينة فيه شرعا لانها
اعرف بحال نفسها فيقبل قولها فيه فكذا فيما يبتنى عليه ولو كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول
المولى عندهما وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال فظهر ملك المتعة للمولى فلم يقبل
قولها في ابطاله بخلاف الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة قد اقر بقيام العدة عند الرجعة
فلم يظهر ملكه مع العدة قال ـــــــ واذا انقطع الدم في الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت
الرجعة بدون غسل وان انقطع لاقل لم ينقطع الا بالغسل او بمضي وقت صلاة او بالتيمم مع الصلاة
وقطعها بالتيمم وحده اذا انقطع دم المعتدة في الحيضة الثالثة لعشرة ايام فقد انقضت العدة
وانقطعت الرجعة وان لم تغتسل وقال زفر لا ينقطع ما لم تغتسل اعتبارا لما اذا انقطع الدم
لاقل منها ولنا ان الحيض لا يزيد على عشرة ايام فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض
فانقضت العدة ضرورة وليس كذلك اذا انقطع على اقل منها لاحتمال عود الدم في الايام الباقية
للحيض وبغير العادة ممكن فلا بد ان يعتضد الانقطاع بالاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات
وهو مضي وقت الصلوة لانها خوطبت بها فصارت بخلاف ما لو كانت كتابية حيث يكتفى منها بمجرد
الانقطاع لانه لا غسل عليها فصارت كالمسلمة بعد الاغتسال في حق انقطاع الرجعة ولو
تيممت انقطعت الرجعة بمجرده عند محمد وزفر وقالا لا ينقطع الا بالصلوة مع التيمم لا بالتيمم وحده
وما قاله محمد هو القياس لان التيمم اقيم مقام الماء حال عدمه في كونه مطهرا حتى يثبت به من الاحكام ما
يثبت بالغسل فكان بمنزلته وهما اخذا بالاستحسان فان التراب في نفسه ملوث غير مطهر وانما
اعتبره الشرع مطهرا ضرورة ان لا يتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة
الصلاة لا قبلها ولا كذلك الغسل اوليس قد خالف محمد ههنا ما اصله لنفسه في عدم
جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم عنده فانه يقول ذلك بان التيمم طهارة ضرورية والطهارة بالماء
اصلية وهما ايضا خالفا ههنا ما اصلاه هناك حيث عللا جواز الاقتداء بان التيمم طهارة
مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة فجاز الاقتداء وجعلا مقام الماء مطلقا ولا شك
في انه في نفسه ملوث غير مطهر حقيقة فمحمد بنى الامر في الصورتين على الاحتياط اما في الاقتداء

بعدم الابتداء احوط لتكون اتيا بالعبادة على الوجه الاكمل واما في الرجعة فالحكم
بانقطاعها احوط تحرزا عن الوقوع في الحرمة فبني الحكم على الوصف الذي يدور الاحتياط معه واما ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله تعالى فالتيمم طهارة مطلقة في حق جواز الصلوة وما يتعلق بها من الاحكام
بقوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المؤمن ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء وجواز الابتداء بما يتعلق
باحكام الصلوة فجرينا على مقتضى النص فجعلناه مطهرا اينما وجدناه وجرينا على اصل علقته فيما وراء ذلك وهو
انه ملوث غير مطهر حقيقة ثم قيل عندهما تسقط الرجعة بنفس الشروع في الصلاة وقيل
بعد الفراغ منها ليتقرر الحكم وهو جواز الصلوة قال ولو نسيت عضوا فصاعدا لم تسقط اذا
اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا كاملا فما فوقه لم تسقط الرجعة وان
كان اقل من عضو انقطعت وهذا استحسان والقياس ان لا تبقى الرجعة في العضو الكامل لانها قد
غسلت الاكثر وفيما دون العضو تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وجه الاستحسان
وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فيمكن انه وصل اليه الماء ثم جف فلا يتيقن
بعدم الوصول فحكمنا بالانقطاع وبعدم حلها للازواج احتياطا فيهما فاما العضو الكامل فلا يغفل
عنه عادة ولا يتسارع اليه الجفاف فكان عدم الوصول اليه ظاهرا فافترقا قال ولا تنقطع
بترك المضمضة والاستنشاق وخالفه عن ابي يوسف روايتان في رواية اذا تركت المضمضة
والاستنشاق لم تسقط الرجعة لانها تركت غسل عضو واجب غسله فكان كما في الاعضاء
وروي عنه وهو قول محمد ان الرجعة تسقط بمنزلة ما دون العضو لان في فرضية غسلهما اختلافا
بين المجتهدين بخلاف غيرهما من الاعضاء قال ولو علق الطلاق بجماعها فلبث فيه يجعله
مراجعا وافقها على المعاودة ولو كان ثلثا يلزمه بالعقر وخالفه هاتان مسئلتان الاولى
رجل قال لامرأته المدخول بها ان جامعتك فانت طالق فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة
بما بعد جماعه قال ابو يوسف لبثه مراجعة وقال محمد لا يكون مراجعة لان الفعل كله جماع واحد
ولهذا لو كان بالشبهة لم يجب الا عقر واحد ولا يجب الحد بالبقاء ولابي يوسف ان الطلاق
وقع عليها بالتقاء الختانين لحصول الشرط وهو الوطء الثاني لا مادة الحل للزوج الاول ثم صار
مراجعا بالمس الموجود بعد الطلاق كما لو نزع ثم عاود والحد سقط بشبهة اتحاد الفعل
المسئلة الثانية اذا قال لها ان جامعتك فانت طالق ثلثا فلبث بعد جماعها ساعة
ثم نزع فعند ابي يوسف عليه العقر لانه وطيها بعد البينونة لان الحرمة ثبتت باول الجماع
وسقط الحد بشبهة اتحاد الفعل وعند محمد لا عقر عليه لان الوطء ايلاج واللبث ليس
بايلاج فلم يكن واطيا بعد البينونة لان المجموع فعلا واحدا والحد انما يقع بعد تمامه فلم

يكن واطيا بعد الحرمة قال وتتزين المطلقة الرجعية لانها حلال لبعلها لقيام النكاح
بينهما والرجعة مستحبة والتزين والتشوف مما يدعو اليها ويحث عليها فيكون مشروعا قال
ويستحب ان لا يدخل عليها الا باعلام معناه اذا لم يكن من قصده مراجعتها لانها ربما تكون
تكون متجردة فيقع نظره على موضع يصير بالنظر اليه عن شهوة مراجعا فان ذلك غير مامون فيطلقها
بائنا فيطول العدة عليها قال واذا ابانت بما دون الثلث يتزوجها في العدة وبعدها
اذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في عدتها وبعد العدة لبقاء الحل المحلي
فان زواله يتعلق بالطلقة الثالثة واما منع غير الزوج من تزوجها في العدة لاشتباه النسب
وهو مامون في حق الزوج قال او ثلثا في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا
غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها الاصل في ذلك قوله تعالى فلا تحل له من
بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في الحرة لما مر ان الرق
منصف لحل المحلية والنكاح اذا اطلق في الشرع انصرف الى الصحيح منه دون الفاسد وقد ذكر
صاحب الهداية ان الدخول مستفاد باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام
على الافادة دون الاعادة اذ العقد مستفاد باطلاق اسم الزوج وقد ذكر فخر الاسلام في اصول
الفقه ما يناقض هذا فقال النكاح يذكر للوطء وهو اصله ويحتمل العقد وقد اريد به
العقد ههنا بدلالة اضافته الى المرأة لانها في فعل مباشرة العقد مثل الرجل فصحت
الاضافة اليها واما فعل الوطء فلا يضاف اليها مباشرة وانه لا يحتمل ذلك وانما ثبت الدخول
بالسنة المشهورة وهذا هو الصحيح والسنة ما روي في الصحيح ان عائشة بنت عبد الرحمن
بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلثا فجاءت الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني كنت تحت رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت عبد
الرحمن بن الزبير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم صلى الله عليه وسلم وقال اتريدين ان
ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وسواء كان الدخول في الحيض او
في النفاس او الاحرام لحصول الدخول والشرط هو الايلاج دون الانزال لانه كمال فيه
والنص مطلق عن هذا القيد ولا خلاف في اشتراط الدخول الا لسعيد بن المسيب رحمه
الله ولا يعمل بقوله حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ وقوله ثم يطلقها اي يطلقها وتنقضي عدتها
قال ويحلل وطء المراهق لا وطء المولى الصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الوطء في
نكاح صحيح وقد فسر ذلك في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته
وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعناه ان يتحرك آلته ويشتهي ووجب الغسل

عليها لان التقاء الختانين سبب لانزالها ولا غسل على الصبي لعدم الخطاب في حقه وان كان يؤمر
به تخلقا ووطء المولى لا يحل الامة لزوجها لان الغاية من نكاح الزوج والمولى ليس بزوج قال
واذا شرطاه فالنكاح مكروه ويحلل وحكم بفساده وحكم بالصحة ونفي الحل اذا تزوجها بشرط
التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهو محمل الحديث اعني اشتراط الحل
كما سيفهم ويحكم انه يحلل وانما ثبت وصف الحل بعد الحكم بصحة النكاح وعن ابي يوسف رحمه الله
ان النكاح فاسد لان شرط التحليل في معنى الوقت فيه فشابه النكاح الموقت ويستلزم فساد النكاح
عدم الحل الدخول في نكاح صحيح على ما مر وقال محمد النكاح صحيح لما قلنا ولا يثبت الحل لان اشتراط التحليل
استعجال لما اخره الشرع اذ عقد النكاح عقد العمر فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل الوارث مورثه
قال ويهدم الثاني ما دون الثلث كما يهدمها وحكم بعودها بما بقي من طلقاتها اذا طلق
الرجل امرأته ثلثا فانقضت عدتها وتزوجت باخر ثم بانت منه وعادت الى الاول عادت بثلث
تطليقات اجماعا ولو كان طلقها وهي حرة طلقة او طلقتين او طلقة واحدة وهي امة فتزوجت
باخر وانقضت منه عدتها ثم عادت الى الاول عادت الحرة على ملك ثلث تطليقات والامة
بثنتين عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم واصحاب ابن مسعود رضي
الله عنهم وقال محمد والشافعي وزفر تعود بما بقي من الطلقات ولا يهدم الزوج الثاني الا الثلث
وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن الحصين وابي هريرة رضي الله عنهم لهما ان النكاح الثاني
غاية للحرمة المغلظة بالنص وحتى للغاية حقيقة وبالطلقة والطلقتين لم يثبت شيء من الحرمة
المغلظة لان الحكم المعلق بالثلث لا يثبت بما دونها لعدم ثبوت الحكم قبل كمال العلة فلا يكون
نكاحه غاية لحرمة نكاحها على الاول لعدم حصول وتحقق غاية الشيء قبل حصوله محال نظيره اذا
كما راس الشهر فوالله لا اكلم الحسن حتى استشير فلانا فاستشار قبل مجيء راس الشهر لم يعتبر لان الاستشارة
غاية للحرمة الثابتة باليمين واليمين لم ينعقد بعد لتعلقها بوقت خاص فكان وجود الاستشارة
كعدمها قبل انعقاد اليمين ولهما ان اصابة الزوج الثاني تلحق المطلقة ثلثا بالاجنبية في الحكم
المختص بطلاق الاول لانها بالثلث صيرت محرمة عليه ومطلقة وقد ارتفع الوصفان حتى كانها اصابة
الثاني وعادت اليه كالاجنبية لم يكن لزوجها الاول الا ان ترتفع باصابة الثاني فيما دون الثلث
احد الوصفين وهو كونها مطلقة لان الرافع للشيئين لا يعجز عن رفع احدهما وهذه حتى
جعلت غاية مجازا لان اجراءها على حقيقتها محال لان الزوج الثاني رافع للحرمة لا منهيا لها
فان كونه منهيا يستلزم بقاء الحرمة اذ ما ينتهي شيء بنفسه بعد ثبوته به لاستحالة وجود الغاية
وهو غاية من دون وجود ما هو غاية له ولا حرمة بعد الاصابة فكان رافعا لا منهيا ولان الشارع

سماه محللا فكان موجبا للحل ومن لوازم ثبوت الحل ارتفاع الحرمة والدليل عليه ان
احكام الطلاق ثبتت متناهية لا الى غاية ولكنها ترتفع بوجود ما يرفعها كحكم زوال الملك
لا يثبت موقتا ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح فاذا ثبت انه موجب للحل وانما
يوجب حلا لا يرتفع الا بثلث تطليقات وهو غير موجود بعد الطلقة والطلقتين فيجب ان
يثبت به ولما كان رافعا للحرمة المغلظة بعد ثبوتها فلان يكون دافعا للحرمة وهي بعرضية
الثبوت اولى لان الدفع اسهل من الرفع قال واذا طلقها ثلثا فادعت انقضاء
العدة منه ومن المحلل مع احتمال المدة وغلب على ظنه صدقها جاز نكاحها لان ذلك ان كان
امرا دينيا فقول الواحد فيه مقبول كالاخبار عن القبلة وطهارة الماء ورواية الاخبار وان
كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات واما كيفية المدة التي صدقت فيها فيأتيك في فصل
العدة ان شاء الله تعالى ه

فصل في الايلاء

وهو في اللغة اليمين قال قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت وفي الشرع
اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة وقيل هو يمين يمنع جماع المنكوحة وقيل هو الحلف
على ترك الوطء الذي يكسب الطلاق عند مضي اربعة اشهر والفاظه الصريحة لا اقربك لا اجامعك
لا اطأك لا اغتسل منك من جنابة لا افتضك ان كانت بكرا وهذه الالفاظ لا يحتاج الى
النية والكناية ان يقول لا امسك لا اتيك لا ادخل عليك لا اغشاك لا يجمع راسي وراسك شيء
لا ابيت معك على فراش لا اضاجعك لا اقرب فراشك ونحو ذلك وهذه الالفاظ تفتقر الى النية
والاصل ان المولي هو الذي لا يمكنه قربان امرأته الا بشيء يلزمه لان حرمة الوطء انما تنتهي بالحنث
والحنث موجب للكفارة او شيء يلزمه ولا يكون الايلاء الا بالحلف على ترك الجماع في الفرج او لا
اقربك اربعة اشهر كان موليا لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ويكون
مدة الايلاء اربعة اشهر اذ لو زادت المدة او نقصت عنها خلا هذا التنصيص عن الفائدة لان
المقدرات الشرعية لا مساغ فيها للراي والاجتهاد فكان التخصيص بعضها نفيا لما دونها
قال فان قربها فيها حنث وكفر وسقط الايلاء والا بانت بتطليقة عند مضي المدة
لا توقفه على تفريق الحاكم هذا حكم الايلاء وهو انه اذا حلف ان لا يقربها اربعة اشهر فلا يخلو
اما ان يقربها في المدة او لا يقربها حتى يمضي فان قربها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته
الكفارة لانها موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ارتفعت بالحنث وان لم
يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة عندنا وقال الشافعي لا تبين

الا بتفريق الحاكم لانه تعذر منع حقها في الجماع فكان ظالما لها فوجب عليه الشرع بالاحسان
فيأمره القاضي به دفعا لظلمه عنها فان امتنع ناب القاضي منابه كما لو كان مجبوبا او عنينا او خصيا
قوله تعالى فان عزموا الطلاق اي بالايلاء السابق وهي قراءة ابن مسعود وعنه وعن ابن عباس
رضي الله عنهم عزم الطلاق انقضاء الاربعة الاشهر من غير فيء وقراءة ابن مسعود فان فاءوا فيهن
اي في الاربعة الاشهر وقوله فان فاءوا وان عزموا دليل على القسمة فاحد القسمين وهو الفيء يكون
في المدة والاخر بعدها وهو الطلاق وقوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او سرحوهن بمعروف اي بالفاء بعد ذكر المدة للتعقيب فكان الامساك وهو الرجعة
في المدة والسرح وهو البينونة بعدها فكذلك ههنا ومذهبنا مذهب علي وعثمان والعباد
له الثلثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم قال ــــ فان قيد يمينه بالمدة سقطت لانها
كانت مقيدة بها فلتحل بمضيها قال ــــ وان ابده عاد الايلاء بتزوجها فان قربها والا
بانت باخرى فان تزوجها عاد ثالثا فان عادت بعد زوج اخر فوطئها كفر وبطل الايلاء
اذا حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة عن الوقت ولم يوجد الحنث لترتفع اليمين فاذا
عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها في الاربعة اشهر والا وقعت بمضيها طلقة بائنة لان
اليمين باقية لكونها مطلقة وبالتزوج ثبت حقها فظهر منعه اياها عن حقها فيتحقق
الظلم ويعتبر ابتداء هذه المدة من حين التزوج فان تزوجها مرة ثالثة عاد الايلاء
لما قلنا فان وطئها في المدة والا وقعت طلقة بائنة بمضيها لما مر ولو انقضت المدة بعد
البينونة قبل انقضاء عدتها وقبل تزوجه بها فالبينونة ثلث مرات لا يتحقق في رواية الكرخي
رحمه الله ويجدد النكاح شرط لعود حكم الايلاء كما بيناه وهذا هو الاصح لان انعقاد المدة
ابتداء يستلزم اعتبار معنى الظلم والاضرار وذلك لا يتقرر بعد البينونة ما لم يتزوجها
اذ لا حق لها في الجماع ما دامت بائنة وفي رواية ابي سهل تبين ما دامت العدة عن
تجديد نكاح ووجهها ان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر لم اقربك فيهن فانت
طالق بائن ولو صرح بذلك كان الحكم ما قلناه وبقيته ان انعقاد المدة من حكم بقاء اليمين
وانشاء اليمين لا ينعقد ايلاء بعد البينونة لكنه يبقى ايلاء بعدها الا ترى انه يمضي المدة وهو
مجنون ثم تزوجها وليس منه باذنها انعقدت مدة الايلاء وان كان انشاء اليمين من
المجنون لا يصح وشمس الائمة نص على ان الصحيح ما قاله الكرخي فان تزوجها بعد ان نكحت زوجا
اخر فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ولم يقع بذلك الايلاء طلاق وقال زفر يعود
الايلاء لبقاء اليمين وعدم القدرة على القربان الا بالحنث فيصير ظالما بالمنع فيثبت حكم

الايلاء اعتبارا له ولنا ان التعليق لا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك والايلاء تعليق
معنى فان تقدير كلامه في باب البر كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيهن فانت طالق
بائن وهو حال اليمين كان مالكا للطلاق الثلث وقد استوفاهن فلا يبقى حكم الايلاء لان الزائد
عليهن ليس في الملك ولا مضافا الى الملك فلم يصح التعليق فبقيت اليمين من دون ثبوت حكم
الايلاء كما لو حلف ان لا يقرب هذه الاجنبية ثم تزوجها فان اليمين باقية بدون ثبوت حكم الايلاء
قال ــــ والايلاء الذي لا ينعقد قال ابو حنيفة رحمه الله الكافر من اهل الايلاء باليمين بالله تعالى
وقالا ليس من اهله لان الايلاء هو اليمين المانعة له عن قربانها مخافة لزوم الكفارة وهو ليس من
اهلها فانتفى المانع ولهذا لم يكن اهلا للظهار وصار كاليمين بالصدقة والحج والصوم وله
ان الايلاء باعتبار البر طلاق مؤجل والكافر اهل للطلاق واما الكفارة فمحلها الحنث والمانع
في حقه وجوب البر لحاجة عن هتك حرمة اسم الله تعالى وبذلك يتحقق المضارة فيها فيعقد
ايلاء كما لو حلف بالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصدقة والحج لانها عبادات والكافر ليس
من اهلها ولا يعتقد تعظيمها فلم يتحقق المانع فلم يوجد المضارة فلم ينعقد ايلاء
قال ــــ ولو حلف بطلاق او عتاق او حج او صدقة او صوم كان موليا اذ قال ان
قربتك فانت طالق او فلانة طالق او قال ان قربتك فعلي عتق عبد على التنكير اما لو عينه
واشار اليه ففيه خلاف ابي يوسف وسنذكره وقال ان قربتك فعلي الحج او قال فعلي التصدق
بكذا او فعلي صوم شهر كان موليا ولو قال فعلي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لان يمينه لا تبقى ول
جميع المدة فان يمضي الشهر يسقط اليمين ويصير بحيث يملك قربانها من غير شيء يلزمه لان التزام الصوم
مضافا الى الزمان الماضي لا يصح معتبر عند القربان كما لو قال لله علي صوم امس وذلك لغو ولما
كان موليا بهذه الايمان لان اليمين تعقد بذكر اسم الله عز وجل شرطا وجزاء وهذه الاجزية
مانعة لما فيها من المشقة قال ــــ او صلوة لم يجعله موليا وخالفه اذا قال ان قربتك فعلي
صلوة ركعتين قال ابو يوسف في قوله الاخر لا يكون موليا لان ذلك مما لا يحلف به عادة فالحق
صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وقال محمد وهو قول ابي يوسف اولا ينعقد ايلاء لانه قربة
يصح التزامها بالنذر فالتحق بالصوم والصدقة قال ــــ او ان قربتك فكل عبد ساملكه حر
ووالله لا اقربك حتى اعتق هذا او اطلق هذه لم يجعله موليا هاتان مسئلتان الاولى اذا
قال الرجل لامراته ان قربتك فكل عبد املكه فيما يستقبل حر قال ابو يوسف لا يكون
موليا وقال ابو حنيفة ومحمد يكون موليا لانه يمكنه قربانها بغير شيء يلزمه بان لا
يملك عبدا اصلا كما لو قال فكل عبد اشتريه حر ولهما انه لا يمكنه قربانها الا بشيء يلزمه

فيكون موليا لانه اذا قربها لزمه عتق كل عبد يملكه من بعد وتملكه يستلزم امرا اختياريا
كالشراء وانه لو مات مورثه وترك عبدا فانه تملكه ضرورة فصار كقوله ان قربتك
فعلي حجة بعد ذلك السنة المسئلة الثانية اذا قال والله لا اقربك حتى اعتق عبدي او اطلق
هذه لا يكون موليا عند ابي يوسف خلافا لهما له ان هذه الغاية يمكن ايجادها قبل انقضاء
المدة بان يبيع العبد ويطلق المراة فيقربها من غير ان يلزمه شي فلا يكون موليا وصار كما لو قال
حتى يموت فلان او حتى ياذن لي فلان ولهما انه لا يمكنه قربانها الا بشي يلزمه اما قبل وجود
الغاية فظاهر واما بعد وجودها فانه لو لا عتقه لهذا العبد لم يمكنه القربان ورفع العتق
بعد تحققه محال فقد لزمه ذلك لاجل قربانها فصار كما لو لزمه بقربانها لتحقق المانع على
التقديرين وصار كما لو قال ان قربتك فعلي عتق عبد او علي كفارة لصلاحية كل واحد من
العتق والكفارة للجزاء ولزومه عند القربان بخلاف قوله حتى ياذن لي فلان او يموت لانه
لا يلزمه شي بتقدير وجود الغاية في المدة اما ههنا فعتق العبد يلزمه قال او حتى
اصوم شعبان وهو في رجب فهو غير مول وبخلافهم ان فاته صومه وجعله موليا في الحال
واسقطه بصومه او صوم بدل له قبل انقضاء المدة ه رجل قال والله لا اقربك حتى اصوم
شعبان وهو في شهر رجب قال ابو حنيفة رحمه الله لا يكون موليا لانه يمكنه قربانها في المدة
بغير شي يلزمه لانه اذا ترك صوم شعبان او ترك يوما منه فقد فات غاية اليمين فان الغاية صوم كل
شعبان وفوات الغاية قبل المضي يرفع اليمين عنده فهذه يمين لم يكن مانعة له عن قربانها في المدة فلم يكن ايلا
فان قربها قبل فوات الغاية حنث لانها يمين وان لم يكن ايلاء وان قربها بعده فلا حنث لارتفاع اليمين وان صام
شعبان فقد وجدت الغاية وبر في يمينه اتفاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون موليا في الحال
ما لم يفته صوم شعبان فاذا فاته صومه صار موليا حينئذ لان من اصله ان كل ما حلف به اذا جعل
غاية لم يكن موليا لكنه من فاذا فات الغاية بفوت صوم يوم من شعبان تابدت يمينه عنده كما في
مسئلة صب ما الكوز المحلوف عليه موقتا صار موليا وقال محمد هو مول في الحال ولا يسقط الايلا الا
ان يصوم شعبان ويصوم شهرا اخر قضاء عنه في المدة وان فاته صومه او صوم بدله بقي موليا
والاصل عنده ان ما حلف به اذا جعل غاية كان موليا والصوم من ذلك وبفوت صوم شعبان او يوم
منه لا يرتفع اليمين عنده لان لصوم شعبان بدلا وهو القضاء والبدل يقوم مقامه فلا يكون فوته فارا لا
يمكنه قربانها الا باسقاطه بصوم شهر فكان موليا كما لو ذكر مكان شعبان شهرا مطلقا قال
او سنة الا يوما جعلناه موليا ان فضلت المدة بعد قربانها لا في الحال رجل قال لامراته والله لا
اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا وقال زفر يكون موليا لان اليوم المستثنى هو اخر يوم السنة كما في الاجارة

فلم يمكنه قربانها بشي يلزمه وصار كما لو قال سنة بنقصان يوم ولنا انه استثنى يوما منكرا فلم
يجعل ذلك اليوم اي يوم اراد من السنة يمكنه قربانها من غير شي يلزمه فلم يكن موليا ولا وجه لتعيين المستثنى
باخر السنة لانه منكر واخر السنة معين ولا ضرورة الى تغيير كلامه بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع جهالة المدة
فوجب صرف اليوم الى اخر السنة تصحيحا لما قصده من العقد والجهالة في اليمين لا تمنع انعقادها فلم يتحقق
الضرورة الى جعل ما نكره معينا وبخلاف قوله بنقصان يوم فانه مختص بالاخر فصار كما لو عينها ثم اذا قربها
يوما من السنة فان كان ما بقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا كان موليا لاستيفائه اليوم المستثنى وصار
اليمين مطلقة في بقية السنة وان بقي اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وصار كما لو قال سنة الا مرة قال
او ان قربتك فانت علي حرام نوى اليمين فهو ايلاء في الحال وقالا اذا قربها رجل قال ان قربتك فانت علي حرام
ونوى بالحرمة اليمين كان موليا في الحال عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا قربها يكون موليا لان قوله
انت حرام بنية اليمين ايلاء فيكون تعليقا للايلاء بالقربان كما لو قال ان قربتك فوالله لا اقربك لا يكون موليا
حتى يقربها وله ان هذه الصيغة انشاء للحرمة وتحريم الحلال يمين فاذا نوى اليمين من هذه الصيغة
فقد نوى محتمل لفظه فصحت النية فكان ايلاء فاذا كان يمينا من حيث المعنى كان كانه قال ان قربتك فعلي
يمين فيكون موليا في الحال اذ اليمين بنفسها لا يكون عليه بل موجبها بخلاف قوله ان قربتك فوالله
لا اقربك لان مراده منع نفسه من القربان الثاني وههنا المراد منع نفسه من القربان الاول وصار كما لو
قال فانت علي كظهر امي قال ولو كرر اليمين في مجلس واحد ثلثا فعن نيته التاكيد او التشديد يدون
التكرار حكم بتحد الايلاء كاليمين رجل قال لامراته في مجلس واحد والله لا اقربك والله لا اقربك
ولم ينو شيئا فهو نوى التشديد والتغليظ ولم ينو التكرار قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله الايلا
واحد استحسانا وقال محمد وزفر رحمه الله هو ثلث ايلاآت ولو نوى التكرار بالايمان فثلثة اتفاقا
وهي من الزوايد او لو اختلف المجلس تعدد الايلاء اتفاقا فاذا حنث تلزمه ثلث كفارات وان لم
يقربها طلقت ثلاثا عند مضي كل اربعة اشهر واحدة لهما ان الايمان ثلث فيكون الايلاءات
ثلثة لان الايلاء هو اليمين على عدم قربانها واعتبارا بما لو فرق ذلك في ثلثة مجالس اذ المراد متغاير
لان اربعة اشهر ابتداؤها بعد الفراغ من اليمين الاولى تنقضي قبل اربعة اشهر ابتداؤها بعد الفراغ من اليمين
الثانية واربعة اشهر بعد الفراغ من اليمين الثالثة فتغايرت المدة كما تغايرت في المجالس المتعددة فيتعدد
الطلاق بتعدد المدد هذا هو القياس وهو قولهما ووجه الاستحسان ان هذه الايمان تتحد
زمانا حكما لاتحاد المجلس لان الشرع جعل المجلس الواحد جامعا للمتفرقات ولولا ذلك لما انعقد
عقد من الايجاب والقبول لانهما عرضان لا يبقى احدهما عند وجود الاخر ولا ارتباط الا بين موجودين فكان
القبول مقارنا للايجاب حكما واذا اتحد زمان هذه الايمان كانت الايمان ثلثا حتى لو حنث يلزمه

كفارات ويكون الايلاء واحدا حتى لو لم يقرب حتى انقضت اربعة اشهر لا تطلق الا واحدة لان
الطلاق وجزاء الظلم بترك الفيء في المدة ولم يوجد منه ذلك الا مرة واحدة فلا يلزمه الا جزاء واحد بخلاف
تعدد المجالس لتفاوت ازمنة القضاء في المدة حقيقة وحكما فيتعدد الظلم وههنا مدة اليمين الثانية
والثالثة عين مدة الاولى حكما فلم يتعدد الظلم فلم يتعدد الجزاء قال وتقدر المدة للامة بشهرين
اذا آلى على امرأته الامة فمدة ايلائه عليها شهران وقال الشافعي اربعة اشهر لاطلاق النص فان قوله للذين
يؤلون من نسائهم يصدق على المنكوحة مطلقا امة كانت او حرة ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة
فتتنصف بالرق كمدة العدة قال ويصح على الرجعية لا المبانة لقيام الزوجية في المطلقة طلاقا رجعيا لا
في المبانة لانقطاعها ومحل الايلاء الزوجة بقوله من نسائهم فيجب وجوده فلو انقضت العدة قبل انقضاء المدة سقط
الايلاء لفوات المحل قال واذا كان احدهما مريضا او هو مجبوبا او هي صغيرة او رتقاء او بينهما مسافة اربعة
اشهر ففاء في المدة فئت اليها واستمر العذر سقطه اذا كان الفيء بالجماع متعذرا اما لحصول عرض كمرض
مانع في الزوج او الزوجة او كان المانع امرا ذاتيا كالصغر المانع عن الجماع او الرتق وهذان من الزوائد او الجب
فيه او كان المانع امرا خارجا عنهما وهو البعد مسيرة اربعة اشهر ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها بشرطين
احدهما ان يكون هذا القول في مدة الايلاء والاخر ان يستمر العجز والعذر الى انتهاء اربعة اشهر وهذان من الزوائد
وقال الشافعي رحمه الله لا يكون فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله حتى اذا انقضت اربعة اشهر
ثبت حكم الايلاء كما سبق لو لم يقل ذلك لانه ليس بجماع فلا يكون فيئا اذ لو كان فيئا لكان حنثا لان المتعلق
بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم العزيمة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة
فكذلك في الحكم الاخر ولنا انه لما اذاها بذكر المنع كان ارضاها بذكر ضده فيرتفع ظلمه عنها
فلا يجازى بوقوع الطلاق عند مضي المدة مع عجزه عن الفيء بالجماع والكفارة انما تجب بالحنث والحنث
لا يتحقق بالفيء باللسان لانه غير المحلوف عليه ووقوع الطلاق باعتبار معنى الاضرار والتعنت وذلك
معدوم عند الفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع فكان الفيء بالجماع اصلا وباللسان بدلا عنه اذ هو
عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع بعد قصد الاضرار بمنع حقها به ففيئه بالرجوع عن ذلك بالجماع
واذا كان عاجزا لم يكن قصده الاضرار بها بمنع حقها في الجماع فانه لا حق لها في الجماع حالة المرض وانما
قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها باللسان اذ الفيء على حسب الجناية
قال فان قدر على الجماع فيها لزمه الفيء به لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف فيتعين المصير
اليه قال ولو كان محرما دون ايلائه وتمام الحج اربعة اشهر ففيؤه بالقول باطل اذا قال المحرم
بالحج والله لا اقرب امرأتي وبين قوله ذلك الى ان يتم الحج اربعة اشهر فصاعدا لا يجوز فيؤه باللسان
حتى اذا انقضت المدة ولم يفئ بالجماع بانت منه وقال زفر يجوز الفيء باللسان في هذه المدة لثبوت عجزه عن

الوطء شرعا بسبب الاحرام فصار كالعاجز بالمرض ولنا انه قادر عليه حقيقة وانما
الفيء باللسان مقام الوطء حقيقة على منافاة الدليل لما مر الا انا اقمنا الفيء باللسان مقام حقيقة
الوطء عند العجز عنه فلا يلزمنا ان يقام مقامه عند القدرة عليه قال او مريضا لم يفئ به
حتى انقضت فبانت ثم صح ثم مرض فنكحها ثم فاء به بحجة فابطله رجل آلى على امرأته وهو
مريض ولم يفئ اليها بلسانه حتى انقضت مدة الايلاء فبانت منه ثم صح اياما ثم مرض ثم تزوجها
ثم فاء اليها في المدة بلسانه قال ابو يوسف جاز فيؤه حتى لو مضت اربعة اشهر من حين النكاح الثاني
لا تبين منه لانه عاجز عن الفيء بالجماع اما في زمان الزوجية فظاهر للمرض واما في زمان البينونة فللمانع
الشرعي كالخلوة مع الحيض وقال محمد لا يصح فيؤه باللسان وفي الجامع الكبير انه ظاهر المذهب
ووجهه انه قادر على الجماع حقيقة في بعض المدة فلا يصح الفيء باللسان واما المانع الشرعي زمان البينونة
لا يعتبر مانعا لانه كان قادرا على الفيء باللسان قبل البينونة فكان هذا العجز مضافا الى صنعه وهو
الايلاء مع الامتناع عن الفيء في المدة الاولى فلم يكن مؤثرا في ابطال حقها فاعتبر قادرا شرعا كما
هو قادر حقيقة بخلاف الخلوة مع الحيض لان الحرمة بسبب الحيض ليست بصنعه قال او لنسائه
الاربع لا اقرب احداكن فصار الايلاء على واحدة رجل قال لنسائه الاربع والله لا اقرب احداكن
فمضت مدة الايلاء ولم يقرب احدا منهن بانت واحدة منهن والى الزوج تعيينها وقال زفر بن جميعا وقد
صورها في الحصر في جانب الحنث فقال فان قرب احداهن حنث وسقط الايلاء وقال زفر هو مول منهن
فاذا قرب احداهن بقي موليا من البواقي وما ذكرناه هو الصحيح لان بقاء الايلاء يبتنى على بقاء اليمين
ولا بقاء لليمين بعد الحنث ضرورة الا ترى انه لو قربها بقي من غير شيء يلزمه وما ذكرناه مذكور
في شروح الجامع الصغير ومبسوط شمس الائمة والخلاف في جانب البر دون الحنث له انه ممنوع
عن قربان كل واحدة منهن لحنثه بقربان ايتهن تحقق منه اولا وحكم الطلاق يبتنى على المنع
من القربان فيعمهن كما عمهن المنع في المدة وصار كقوله واحدة منكن ولنا انه انما عقد
اليمين على فرد منهن لا على كل فرد فلا تبين عند مضي المدة الا فرد واحد بخلاف قوله لا اقرب واحدة
منكن لان واحدة نكرة في سياق النفي فعمت واحدى مضافة الى الضمير فلا تفيد العموم وان كانت في
سياق النفي الا ترى انه لو قال لكل واحدة منكن علي درهم استقام وافاد العموم فكذا تفيده اذا
وقع في معرض النفي ولو قال لكل احداكن لم يستقم ولو قاله لم يفد العموم فكذا لا تفيده اذا وقعت في
معرض النفي قال او لا اقربكن جعلناه موليا عليهن لا على الرابعة بوطء الثلاثة رجل
قال لنسائه وهن اربع والله لا اقربكن فهو مول على الجميع وقال زفر لا يكون موليا حتى يقرب ثلاثا منهن
فيصير حينئذ موليا على الرابعة لانه يملك قربان كل واحدة بدون شيء يلزمه ولا يملك قربان الرابعة الا بشيء

يلزمه لان اليمين بانها هو الذي تم بشرط الحنث فصار كقوله ان قربت واحدة منكن فوالله لا اقرب الرابعه
ولنا انه مضاف لكل واحدة منهن بمنع حقها من الجماع فيكون موليا عليهن جميعا كما لو قال والله
لا اقرب كل واحدة منكن على الانفراد الا انه هاهنا لا يلزمه الكفارة بوطء بعضهن لعدم الحنث قبل وطيهن
جميعا والكفارة شرطها الحنث ولكنه عند تمام الشرط لا يكون الحنث مضافا الى وطء الرابعة بل الى وطئهن
جميعا وأما الطلاق فلو وقع فيه باعتبار البر مجازاة على الظلم وهو محقق في حقهن جميعا الا انه اذا مضت
المدة بن جميعا بخلاف ما قاس عليه لانها يمين معلقة فلا تنعقد فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها وهو وطء الثلث
فائدة وانما قال موليا عليهن ولم يقل موليا منهن لان الزمخشري دل على الفاظ الفقهاء بقوله
في كشافه لان الايلاء هو الحلف ولا يعدى بمن لا يقال حلف من كذا بل حلف عليه فاصله الي على قربان زوجته
ثم حذف المضاف فقيل الى على وحده والذي اوجب ان يقولوا الى من وجعله طمعهم ان من في قوله تعالى
يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر من نسائهم الا ان خبر المبتدأ متعلقه قدم على المبتدأ لكونه نكرة
بان او احدا كما لو مضت المدة بانت واحدة فاذا مضت مدة اخرى لا يحكم ببينونة الاخرى رجل
له امرأتان فقال والله لا اقرب احداكما فمضت اربعة اشهر بانت واحدة ثم مضت اربعة اشهر اخرى
قال ابو يوسف لا تبين الاخرى وما لا يتبين له ان احدى معرفة لاضافتها الى الضمير فلا تعم وان كانت
في معرض النفي فكان الايلاء واقعا على احداهما لا على كل واحدة منهما فمن بانت بالايلاء منهما فهي التي
وقع الايلاء عليها فلا يقع فلا يقع على الاخرى بمضي اربعة اشهر اخرى ضرورة تعين الاولى للايلاء بخلاف
ما لو قال واحدة منكما لكونها نكرة في موضع النفي ولهما ان اليمين باقية ما لم يحنث فيبقى الايلاء على
احداهما بعد مضي المدة وقد زالت مزاحمة من بانت منهما لارتفاع محليتها فتعينت الاخرى كما لو ماتت
احداهما فان الاخرى تتعين للايلاء ولما كان الايلاء واقعا على احداهما وهذه بعد ما بانت الاولى احداهما
التي هي محلية الايلاء فيصير المنكر معينا ضرورة تعينها بفوات المزاحم مع بقاء اليمين فينسحب حكم الايلاء
عليها وصار كما لو قال لهما لم اقرب احداكما اربعة اشهر فواحدة منكما طالق فان مضت اربعة اشهر بانت
احداهما ثم ان مضت بعد تمام مضت اربعة اخرى من حين بانت احداهما فانه تبين الاخرى بالاجماع ◆ قال
وتعتبر النية في انت حرام فان اراد الكذب او الظهار صدق او الطلاق فكان بائنا او التحريم او لا عن
نيته كان موليا وصرفه المتاخرون الى الطلاق من غير نية ◆ اما اذا قال اردت الكذب فانه اراد حقيقة
كلامه وهو كذب وقيل لا يصدق في القضاء لان ذلك يمين ظاهرا واما اذا اراد الظهار فهو ظهار
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله لا يكون ظهارا لعدم الركن وهو التشبيه بالمحرمة ولهما انه
اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة وفي المطلق احتمال المقيد فقد نوى محتمل لفظه فيصدق والمذكور في المتن فوقها
واما اذا اراد الطلاق فيقع طلقة بائنة لانها من الفاظ الكنايات وهذا حكمها وان نوى الثلث صدق كما مر وان نوى

للتحريم او قال لم ارد شيئا فذلك ايلاء لان تحريم المباح يمين على ما نذكره في الايمان ان شاء الله ثم المتاخرون
من اصحابنا صرفوا هذه اللفظة الى الطلاق حتى قالوا يقع الطلاق بها من غير نية الحاقا بالصريح لموضع
العرف والسنة على ذلك من الزوائد

فصل في الخلع

وهو القلع والازالة في اللغة ومنه خلع القميص وخلع الامارة وفي الشرع ازالة الزوجية
بما تبذله من المال وهو في الحقيقة الشرعية بضم الخاء ومن المعونة بفتحها كما ان ازالة قيد النكاح
بالطلاق وغيره بالاطلاق وقيل هو استعارة مبنية على استعارة اخرى فان الله تعالى جعل كلا من
الزوجين لباسا لصاحبه هن لباس لكم وانتم لباس لهن وهذه التسمية استعارة لان كلا منهما يستر
عن صاحبه الفواحش فكان الخلع استعارة من خلع ذلك اللباس قال ◆ افتدت المرأة نفسها
بمال يخلعها عليه ففعل وقعت طلقة بائنة ولزمها المال والاصل في ذلك قوله تعالى فان
خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وانما يقع تطليقة بائنة لقوله عليه السلام
الخلع تطليقة بائنة وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولانه كناية فيقع
به البائن كما مر ولا يحتاج الى النية اما لدلالة الحال او لانها لم ترض ببذل المال الا في مقابلة ملك
نفسها بالحرمة وعن قيد نكاحه وذلك بالبينونة ولو قال لم اعن بالخلع طلاقا وقد اخذ المال لم
يصدق في الحكم لانه اخذ المال على سبيل التملك ولا يملك ذلك الا بوقوع الطلاق عليها فكان
ذلك دليلا على قصده للطلاق في حال مذاكرته وفيما بينه وبين الله تعالى يسعه المقام معها لان الله
هو العالم بذات الصدور ولا يسعها المقام معه لانها في معرفة هذه الحال كالقاضي والخلع من جانب
الزوج تعليق للطلاق بقبولها فيكون يمينا فلا يصح رجوعه عنه ولا يختص بالمجلس ويصح مع غيبتها فاذا
بلغها كان لها خيار القبول في مجلس علمها ويصح تعليقه بالشرط والاضافة الى وقت كقوله اذا قدم فلان
او جاء غد فقد خالعتك على الف ولها الخيار في القبول اذا وجد الشرط والوقت والخلع من جانب
الزوجة تمليك بعوض كالبيع فيصح رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ولا يتوقف حال
غيبته ولا يجوز تعليقه منها بشرط ولا الاضافة الى وقت قال ◆ ولم يجعله فسخا الخلع طلاق
بائن عندنا وهو احد قولي الشافعي وهو الصحيح من مذهبه وفي قوله الاخر هو فسخ لا ينتقص به عدد
الطلقات حتى ان خالعها مرارا ينعقد النكاح بينهما بغير تزوج زوج ثان ووجهه قول ابن عباس
رضي الله عنهما الخلع فسخ ولانه في اللغة الفصل والازالة والنكاح يحتمل الفسخ كما في خيار العتق
والبلوغ ولنا ما رويناه ولانه ابطال ملك النكاح من الزوج فكان طلاقا بخلاف خيار العتق
والبلوغ لان الفرقة مضافة الى اختيارها نفسها في خيار العتق فلم يكن طلاقا والى قضاء القاضي

في حيانا البلوغ وهو لا يملك التطليق على الغير الا بالتوكيل وانا بوا الشرع دفعا للظلم
ولم يوجد شي منهما فلم يكن طلاقا قال فان كان هو الناشز كره له اخذ العوض وهي كان ياخذ
اكثر مما اعطاها اما الاول فلقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن
قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد فيه باخذ المال واما الثاني فلما
روي ان جميلة بنت عبد الله بن ابي بن سلول او حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن
شماس فاتت رسول الله صلى الله عليه وقالت يا رسول الله لا انا ولا هو فارسل رسول الله صلى الله
عليه الى ثابت فقال قد اعطيتها حديقة فقال لها اتردين عليه حديقته وتملكين امرك فقالت نعم
وزيادة قال اما الزيادة فلا فقال صلى الله عليه يا ثابت خذ منها ما اعطيتها ولا تزدد وخل سبيلها
ففعل واخذ الحديقة ونزلت الا ان يخافا الا يقيما حدود الله الاية ولو اخذ طاب الفضل
لاطلاق الاية وكره لما روينا فان النهي فيه للتوبيخ قال ولو خالع بشرط الخيار لنفسه
بطل او لها فهو جائز اذا قال لامراته خالعتك بالف على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت او
طلقها بالف على انها بالخيار ثلثا فقبلت صح فان ردت الخيار في المدة بطل الطلاق والخلع
وان اختارت الطلاق او لم ترد حتى مضت المدة وقع الطلاق ولزمها المال وقالا يقع الطلاق
ويلزم المال ويبطل الخيار ولو انه شرط الخيار لنفسه يبطل بالاجماع وهذه من الزوايد لهما
ان الموجود من جانبه تعليق الطلاق بقبول الالف وهو في معنى اليمين والموجود من جانبها الا القبول
وهو شرط الحنث وكل منهما غير قابل للخيار لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد وكل
من التصرفين لا يحتمل الفسخ من الجانبين وله وهو الفرق ان الموجود من جانبها بمنزلة البيع لانه تمليك
مال بعوض الا ترى انه يصح رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها عن المجلس قبله ولا يتوقف على ما وراء
المجلس حتى اذا وجد قبوله في مجلس اخر لم يصح شرط الخيار كالبيع بخلاف الموجود من جانبه
فانه يمين وهذا لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه من مجلسه ويتوقف على ما ورا المجلس فلم يصح
منه شرط الخيار لان اليمين تصرف لازم قال ويلحقها صريح الطلاق وقال الشافعي
المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق لزوال ملك المتعة فيها حتى تحرم الوطء بالاجماع والطلاق لازالة
هذا القيد المزال فيلغو ويصح على وجه الاخبار فلا ينقص عدد الطلقات ولنا ان الطلاق
رفع قيد ملك النكاح وهو باق ببقاء اثاره من منعها من الخروج والتزوج بزوج اخر ووجوب
النفقة والسكنى وقيام الفراش فكانت محلا لهذا الحكم قال ولو طلقها على مال فقبلت
لزمها وبانت اذا طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق
تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها وهي تملك التزام المال بحكم الولاية على نفسها وملك النكاح

يصح ان يعتاض عنه وان لم يكن مالا [illegible] كالقصاص وهذا الطلاق الواقع باين لما مر قال
وان بطل العوض فيه كان رجعيا او في الخلع كان باينا ولا شي له اذا خالع المسلم امراته على خمر او خنزير او ميتة
فلا شي للزوج والفرقة باينة وان طلقها على ذلك بطل العوض وكان الطلاق رجعيا اما وقوع الطلاق
فيهما فلوجود الشرط وهو القبول واما الافتراق في البينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض في الخلع
كان العامل في الابانة لفظ الخلع وهي كناية وفي الطلاق الصريح وهو رجعي واما بطلان العوض
فلانها لم تسم مالا متقوما لتنزل غارة له ولانه لا يجب المسمى لمانع الاسلام ولا غيره لعدم الالتزام
بخلاف ما لو خالع على خل معين فظهر خمرا لانها مغررة وبخلاف الكتابة والاعتاق على خمر حيث يجب
قيمة العبد لان ملك المولى فيه ولم يرض بزواله مجانا اما ملك البضع فغير متقوم حالة الخروج
وبخلاف النكاح لتقوم البضع حالة الدخول وهذا لانه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا
لشرفه اما حالة الخروج فهو تخلص عن الملك ونفس الخلاص شريف فلا حاجة الى اثبات التقوم فان
ابانته ضروري فيتقدر بقدر الضرورة قال ويجوز الخلع بما يجوز مهرا لان ما جاز ان يكون
مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا عما ليس بمتقوم قال فان قالت على ما في
يدي وهي صفر فلا شي له او من مال ردت المهر اذا قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن
في يدها شي فلا شي عليها لانه لم تسم له مالا فلم تكن غارة وان قالت خالعني على ما في يدي من
مال ردت عليه مهرها لانها بتسميته المال تحقق العوض فطلق فلم يرض بالطلاق مجانا ولا وجه الى
ايجاب المسمى ولا الى ايجاب قيمته للجهالة ولا الى مهر المثل الذي هو قيمة البضع لانه حالة الخروج
غير متقوم فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر والغرور عنه قال او من دراهم
لزمها ثلثة لان الثلثة اقل الجمع ووجب الاقل لتيقن به ومن ههنا صلة كما في قوله تعالى ما اتخذ
الله من ولد وليست للتبعيض لان الكلام لا يستقيم بدونها بخلاف مسئلة الجامع ان كان في يدي
من الدراهم الا ثلثة فعبده حر فكان في يده اربعة دراهم حيث لا يحنث لانها للتبعيض فيه لصحة الكلام
بدونها قال فخر الاسلام ويجوز ان يكون من ههنا للتبعيض لكن في الاجناس لانها لما قالت ما في
يدي علمنا انه تبين بكلمة من جنس ما في يدها فهو تبعيض راجع الى الاجناس قال او طلقني ثلثا
بالف فطلقها واحدة فلها ثلثها او على الف فوحدة الطلاق رجعي بغير شي وقالا باين بثلثها هاتان
مسئلتان الاولى وفاقية والثانية خلافية اذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة لزمها ثلث
الالف لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض فلما طلبت ثلثا بالف كانت طالبة
لكل منها ثلث الالف والطلاق باين لوجوب المال واما الخلافية فاذا قالت طلقني ثلثا
على الف فطلقها واحدة قال ابو حنيفة رحمه الله يقع عليها الطلاق رجعيا ولا يلزمها شي من المال

وقالا عليها ثلث المال والطلاق بائن لان كلمة الباء تستعمل في المعاوضة كالباء فيقال احمل هذا الطعام الى منزلي على درهم كما يقال بدرهم ويستعمل على الف كما يقال بالف فصار كما لو قالت له طلقنا على الف فطلق احداهما يجب عليها نصف الالف وله ان كلمة على للشرط لا لايجاب الا الف فقال زدني على ان ازورك وتستعمل في معنى المعاوضة في تلك المسائل والباء للالصاق وتستعمل في المبادلة لما فيها من المعاملة التي تقتضيها الالصاق ولم تستعمل بمعنى الشرط فان كانت كلمة على للشرط لم يجب شيء لان المعلق بالشرط لا يتوزع على اجزاء الشرط وان كانت للمعاوضة يجب ثلث الالف فوقع الشك في الوجوب فلم يجب شيء وفي النظير الذي ذكراه وقع الشك في النصف المقابل للطلاق فرتبناه لانها ان جعلت شرطا يجب الالف كله اذ ليس لها في طلاق صاحبتها معها غرض صحيح وانما الغرض وقوع طلاقها وان كانت للمعاوضة ينقسم كله فالنصف متيقن والزائد مشكوك فيه وهذا لان الاصل ان الطلاق لا يجب فيه مال الا بالتنصيص عليه بخلاف المعاوضة لان الاصل فيها وجوب المال فان قيل المال لا يقبل التعليق فكيف صح تعليقه بالطلقات الثلاث قلنا هو كذلك ان كان المال اصلا وههنا هو تبع لما يقبل التعليق فاخذ حكمه فان قيل كلمة على داخلة على المال دون الطلاق وانه يقتضي وانه يقتضي كون المال شرطا دون الطلاق قلنا هي طالبة للثلاث بكلمة هي للشرط فصار كل واحد منها شرطا لصاحبه وصار بحكم الاتصال بين المعلق والمعلق به دخولها على المال كدخولها على الطلاق قال او طلقي نفسك ثلثا بالف وعليها فوحدت لم يقع شيء لانه لم يرض بالبينونة الا لتسلم له جميع الالف بخلاف المسئلة الاولى لانها لما رضيت بالبينونة بالف يجب عليها فلان ترضى ببعضها كان اولى قال او طلقني واحدة بالف فثلث فهن واقعات بغير شيء لانه ما سالته الثلث اذا قالت طلقني واحدة بالف او على الف فطلقها ثلثا وقعت الثلث بغير شيء وقالا عليها ثلث الالف وهذه المسئلة فرع ما تقدم من اصله فمن قال طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا لهما انه اوقع ما سالته وزاد عليه فلا يسقط البدل كما لو فرق الطلاق وله انه عدل عما سالته اذ الثلث على الواحدة حقيقة وحكما فصار مبتديا بالطلاق فلا يلزمها شيء ولا يلزم اذا قال طلقي نفسك فطلقت واحدة لانه جعل الثلث اليها متفرقة ومجتمعة قال ولو قال لها انت طالق ثلثا بالف او عليها فهو متوقف على قبولها اذا قالت له طلقني واحدة بالف فقال لها انت طالق ثلثا بالف قال ابو حنيفة رحمه الله يتوقف ذلك على قبولها فان قبلت وقعت الثلث ولزمها المال وان لم تقبل لا يقع شيء وقالا يقع واحدة بالف ان لم تقبل وان قبلت تقع الثنتان ايضا بغير شيء وهذه فرع على ما سبق ايضا فعندهما انه اجاب بما سالته وزاد عليه فيقع ما سالت ببدل وما لم تسال بغير بدل وله انه عدل عما سالته الى غيره فصار مبتدئا بالطلاق بعوض فيتوقف على قبولها

ويستوي في ذلك حرف الباء او كلمة على لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون القبول والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده وما لا علاقة به يقتضي وقوع الطلاق وان لم يقبل ويدخل على الشيخ ابو بكر الرازي عن الشيخ ابي الحسن رجوع محمد الى قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف في الاملاء ان لم يقبل فهي طالق واحدة بثلث الالف وان قبلت طلقت ثلثا بالف قال الشيخ ابو الحسن وهذا هو الصحيح على اصله لان الزوج جعل الالف في مقابلة الثلث فقد اوقع ما سالت وحط ثلثي العوض فاوقع طلقتين بثلثي الالف فان لم تقبل وقعت واحدة بثلث الالف وان قبلت وقعت الثلث بالالف قال او انت طالق وعليك الف فهي طالق بغير شيء وان قبلت او ادعاه على قبولها رجل قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او لم تقبل يقع الطلاق ولا يلزمها شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان قبلت يقع الطلاق ويلزم المال والا لم يقع شيء لان مثل هذا الكلام يستعمل في المعاوضة كما يقال احمل هذا المتاع ولك درهم فانه بمنزلة قوله بدرهم وكما في البيع فهذا العبد وعليك الف درهم وله ان الواو لعطف الجملة على ما قبلها والاصل انفراد كل جملة بنفسها لا الالصاق معاوضة ولا دلالة له ههنا على الالصاق لان الاصل في الطلاق ان يقع بغير عوض فكانه ابتدا طلاقها وادعى عليها مالا بخلاف البيع والاجارة لانهما لا ينفكان عن المال قال او على عبدي هذا فقبلت او تعتاقه من غير لزوم لقيمته اذا قال لها انت طالق ثلثا على عبدي هذا فقبلت وقع الطلاق ولا يلزمها شيء وقال زفر يلزمها قيمة العبد اعتبارا بما اذا كان العبد لاجنبي ولنا ان التسمية باطلة لعدم وجوب تسليمه بحال لجواز المالك او لم يجز ووجوب القيمة بعد تعذر التسليم ووجوبه بخلاف عبد الغير فانه لو اجاز تسليمه وجب عليها فاذا تعذرت وجبت القيمة قال ولو اختلعت وهي مريضة على مال اعتبر من الثلث وقال زفر يعتبر ذلك من جميع المال لان البضع بعد ما لا يعتبر الدخول في ملك الزوج فكذا عند الخروج عن ملكه ولنا انه تبرع لانه ليس من الحوائج الاصلية فكان كالوصية والبضع ليس بمال حال الخروج لانه اسقاط ملك لا تمليك وهذا اذا ماتت بعد انقضاء العدة او قبل الدخول بها فاما اذا ماتت وهي في العدة فللزوج الاقل منه ومن الميراث ان كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من ميراثه ومن الثلث قال والمباراة والخلع يسقط بها حقوق النكاح من الجانبين واسقط بها ما سماه ووافق الاول في الاول والثاني في الثاني المباراة والخلع نفسا وبان عند ابي حنيفة رحمه الله ان كلا منهما يسقط به جميع حقوق النكاح لكل منهما على الاخر حتى اذا كان ذلك بعد الدخول وقد قبضت جميع المهر لم يرجع عليها بشيء منه ولو لم تكن قبضت شيئا لا ترجع عليه بشيء ولو خالعها على مال لزمها وسقط الصداق وقال محمد رحمه الله لا يسقط منهما الا ما سماه فقط وقال ابو يوسف يسقط بالمباراة جميع حقوق النكاح كما قال ابو حنيفة ولا يسقط بالخلع الا ما سماه كما قال محمد ان من اللفظين حملا كالآخر على الطلاق لا على ما يبعد العمل عن حقيقتها فلا يسقط بهما الا ما اشترطا سقوطه ولا

يجب بها الا ما يشترطانه. ولابي يوسف ان المباراة تقتضي البراءة منهما بعضهما البراءة من
الجانبين مطلقا الا ما قيد به وذلك بحقوق النكاح لدلالة الغرض. اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد
حصل في نفس النكاح فلا حاجة الى انقطاع احكامه. ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه
خلع النعل والعمل والمباراة تقتضي البراءة مطلقا فيجب وجود الانخلاع والبراءة من الجانبين
عملا باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ليحصل المقصود انقطاع المشاجرة بينهما ويختص
بحقوق النكاح بدلالة الغرض. ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشرا فالاصح انه يوجب البراءة
عند ابي حنيفة. ولو اختلعا ولم يذكرا المهر ولا بدلا اخر غيره فالصحيح انه يسقط ما بقي منه وما
قبضته يقولها. وان ذكرا نفقة العدة سقطت والا فلا لانها لم تجب بعد. ولا تقع البراءة عن
نفقة الولد وهي مؤونة الرضاع الا بالشرط لانها لم تجب لها فان شرطا البراءة منها في الخلع ووقتا
بان قال الى سنة او سنتين سقطت فان مات الولد قبل تمام المدة رجع عليها بما بقي من اجر مثل الرضاع
الى تمام المدة والحيلة لعدم الرجوع ان يقول خالعتك على كذا وعلى نفقة الولد الى سنتين فان
مات في بعض المدة فلا رجوع لي عليك والله اعلم

فصل في الظهار

قال: اذا ظاهر من امرأته بان شبهها او عضوا منها يعبر به عنها او جزءا شائعا
بعضو يحرم عليه النظر اليه ممن يحرم عليه نكاحها مؤبدا فقد حرم عليه وطيها ودواعيه الى
ان يكفر لما نذكره ان شاء الله تعالى. الظهار مصدر ظاهر يظاهر ظهارا واصله قول الرجل
لامرأته انت علي كظهر امي ثم استعمل في غيره من الاعضاء والى غير الام من المحرمات كقوله انت علي
كظهر امي او رأسك او وجهك او رقبتك او ثلثك او كظهر امي او بطنها او فخذها او فرجها لان
كل هذه الاعضاء في معنى الظهر في الحرمة وكذلك اذا شبهها بمن لا يحل له نكاحها على التأبيد كاخته
او جدته او عمته او خالته او امه من الرضاع وغيرهن من المحرمات على التأبيد لانهن كالام في التأبيد حرمة
كل منهن. وحكم الظهار حرمة الجماع ودواعيه كالمس والقبلة حتى يكفر من ظهاره. وقد كان طلاقا
في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى حرمة منتهية بالكفارة ولا تزيل النكاح. والاصل
فيه حديث خولة او جميلة بنت ثعلبة وقيل بنت خويلد امرأة اوس بن الصامت رآها وهي تصلي وكانت
حسنة الجسم فلما فرغت دعاها اليه فابت فقال لها انت علي كظهر امي وكان اول ظهار في الاسلام
وكان طلاقا في الجاهلية فقال ما اظنك الا قد حرمت علي فقالت والله ما ذاك طلاق فاتت
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا نبي الله ان اوسا تزوجني وانا شابة غنية ذات مال واهل
حتى اذا اكل مالي وافنى شبابي وتفرق اهلي وكبرت سني ظاهر مني وندم فقال صلى الله عليه وسلم

حرمت عليه فقالت اشكو الى الله فاقتي ووحدتي وقد طالت صحبتي ونفضت له بطني وكلما
اعاد النبي صلى الله عليه وسلم القول ازدادت شكوى الى الله وروي انها قالت ان لي صبية صغارا
ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا اللهم اني اشكو اليك اللهم انزل على لسان نبيك فغشي
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوحي كما كان يغشاه فلما سري عنه قال يا خولة ان الله قد انزل
فيك وفي زوجك قرآنا وتلا قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الايات. ومن النظر ان الظهار جناية
لكونه منكرا من القول وزورا فناسب ان يجازى عليها بحرمة التي ترتفع بالكفارة واذا حرم الوطء حرم دواعيه
تحرزا عن الوقوع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم فانه يكثر وجودهما فيستلزم تحريم
الدواعي وقوع الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام. فان قدم على الوطء قبل ان يكفر استغفر
الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى لما روي عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخالها
في القمر فوقع عليها ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال استغفر الله ولا تعد
حتى تكفر ولانه فعل فعلا محرما والافعال المحرمة توجب الاستغفار ولو كان عليه شيء غير ذلك
لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان سكوته عنه مع انه موضع الحاجة الى البيان بيانا. وقوله
اذا ظاهر من امرأته يخرج الامة لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع للملك لانه الا
ترى انه يثبت ملك اليمين دون الحل في الامة المجوسية والاخت من الرضاع ولا يثبت ملك النكاح في
محل الحرمة لكونه مقصودا فلا يلحق حل الامة الذي هو تابع بحل المرأة الذي هو مقصود ولان الظهار
منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة. قال: ولا يعتبر من الذمي ظهارا الذي لا يصح
عندنا وقال الشافعي يصح ويلزمه التكفير بالمال لانه يملك طلاقا فيملك الظهار منها لان الحرمة
الثابتة بالطلاق اقوى من الحرمة الثابتة بالظهار ومالك الحرمة القوية الضعيفة ولانه يصح منه
اعتبارا بالايلاء اذا حلف بالله عند ابي حنيفة ولنا ان الضمير في الذين يظاهرون منكم من نسائهم
للمؤمنين باجماع المفسرين فلا يتناول الذمي ولان الكفارة عبادة لافتقارها الى النية ولا
يؤديها عنه غيره بغير اذنه والذمي ليس من اهل العبادة. واما الايلاء فانه يتضمن الطلاق
عند انقضاء المدة والكفارة عند الحنث والذمي اهل لاحدهما فيصح ذلك منه بخلاف الظهار
فانه لا يتضمن الا معنى واحدا ليس الذمي من اهله. قال: وتفسير العود الموجب للكفارة
العزم على الوطء لا بالامساك. العود الذي يجب به الكفارة ان يعزم المظاهر على وطيها
وعند الشافعي ان يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه فيه ايقاع الطلاق ولا يطلق حتى لو طلق موصولا
بالظهار لا يلزمه الكفارة عنده لان العود فيمن صنع امرا هو نقضه يقال صنع الامير في حق
فلان صنعة ثم عاد لها اي نقضها نقض الظهار في امساكها نكاحا لا ان يوجب هذا التشبيه

ان لا يمسكها نكاحا ولنا ان موجب الظهار هو حرمة الوطء نفسه في العزم على الوطء
واما النكاح فهو بحاله قال وان قال مثل امي فان نوى به الكرامة صدق وان نوى الظهار كان
ظهارا او الطلاق فبائنا وان لم ينو فليس بشيء وجعله ظهارا اذا قال لامرأته انت علي
مثل امي او قال كامي فهذه كناية يرجع فيها الى نيته فان قال اردت التشبيه في التكريم صدق
في ذلك لانه نوى ما يحتمله كلامه والتكريم بالتشبيه امر مشهور وان قال اردت الظهار كان
ظهارا لانه شبهها بجميعها مشتمل على العضو المحرم فيصح عند نيته وان قال اردت الطلاق كان
طلاقا بائنا ويكون ذلك تشبيها لها في الحرمة لانه قال انت علي حرام وان لم يكن له فيه نية فليس بشيء
لانها كما يحتمل وجوهها ولا ترجيح للبعض على البعض فيلغوا وقال محمد هو ظهار لان التشبيه
بعضو منها لما كان ظهارا كان التشبيه بجميعها ظهارا اولى وعن ابي يوسف ان كان في حالة الغضب
فهو ظهار قال او انت حرام كظهر امي فنوى به الطلاق او الايلاء فهو ظهار وقالا لما نوى اذا قال
انت علي حرام كظهر امي ونوى الطلاق والايلاء قال ابو حنيفة لا يكون ذلك الا ظهارا وقالا كل
على ما نواه لان قوله انت علي حرام يحتمل الطلاق لانه معدود في الكنايات فاذا نوى صحت نيته و
طلاقا فيكون قوله بعد ذلك كظهر امي تاكيدا لتلك الحرمة الثابتة بصدر الكلام وله ان قوله
انت علي حرام يحتمل حرمة الطلاق والايلاء والظهار وقوله كظهر امي محكم في الظهار لكونه
صريحا فيه فيحمل المحتمل على المحكم فيصير بمنزلة ما لو صرح بالظهار وقال نويت الطلاق فكذا هذا
وقد روي عن ابي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا اذا نوى الطلاق وقد قال بعض مشايخنا
ليس بصحيح لان الطلاق اذا وقع بقوله انت علي حرام كان طلاقا بائنا والظهار بعد البينونة لا يصح
لانه يكون تشبيها للمحرمة بالمحرمة قال وانتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن واوجبها
بعددهن اذا قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وتجب كفارات
بعددهن وقال مالك رحمه الله تجب كفارة واحدة هو ينظر الى جهة الوجوب وسببه
واحد ونحن ننظر الى محل الوجوب وهو متعدد ورعاية المحل اولى لان الظهار مطلق اليهن
فصار كاضافة الطلاق وانما تتعدد الكفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة
لانها ملك الحرمة وهذا بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد
ذكره قال ولو ظاهر ثم ارتدا واسلما معا او هي ثم اسلم وجدد نكاحها فهو باق ه
اذا ظاهر الرجل من امرأته ثم ارتدا معا والعياذ بالله ثم اسلما معا فظهاره باق عند ابي حنيفة
وقالا يبطل الظهار وكذا لو ارتد هو وحده ثم اسلم وجدد النكاح وهذه من الزوائد لهما
ان موجب الظهار حرمة موصوفة بانها تنتهي بالكفارة وقد بطل الوصف بالردة لارتفاع

اهلية التكفير فلم يثبت الظهار بدون هذا الوصف كما لا يثبت بدونه ابتداء وله ان الباقي
هو الحرمة وحدها فلا يعتبر الوصف بخلاف الابتداء لان اهلية التكفير لا بد منها في السبب
لينعقد موجبا للحرمة المنتهية بالتكفير وكذا في حال الحكم ليثبت حكم الظهار الذي هو حرمة تنتهي بالتكفير
وثبت الحكم ههنا لكونه مسلما في الابتداء فيبقى بالاصل المقتضي لذلك وانما بقيت الحرمة
وحدها لان الكافر اهل لها دون وصفها فاذا اسلما او اسلم الزوج وجدد نكاحها تعود
وصف الحرمة لان انتفاء الاهلية للوصف كان بسبب الكفر فاذا اسلم ارتفع المانع فبقي
المقتضي سالما عنه فتعود الحرمة الى غاية الكفارة قال ويكفر بعتق رقبة سليمة كاملة
الرق قبل المسيس لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا واما وصف السلامة وكمال الرق فمستفاد
من الاطلاق لان المطلق ينصرف الى الكامل فاذا كانت الرقبة ناقصة قد فات منها جنس المنفعة المقصودة من
العبيد وكان لها استحقاق العتق بسبب كانت ناقصة في ذاتها او رقها فلم يكن داخلا تحت مطلق الرقبة
وفي تنكير الرقبة اشارة الى جواز عتق الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى والمسلمة والكافرة على ما يأتيك تفصيله
في الفروع قال ويجزي الكافر والمكاتب الذي لم يؤد شيئا ه وقال الشافعي لا يجوز عتق الرقبة
الكافرة ولا عتق المكاتب وانما قيد بقوله الذي لم يؤد شيئا لان المكاتب عندنا اذا ادى بعض كتابته لم يجز
عتقه عن الكفارة في الرواية المشهورة له في المسألة الاولى ان صفة الايمان شرط لوقوع اعتاقه
مكفرا كما في كفارة القتل بناء على اصله في حمل المطلق على المقيد ولنا اطلاق قوله تعالى فتحرير رقبة
والكافر رقبة معنا وهذا النص بخلاف كفارة القتل فان النص قيد الرقبة فيها بالايمان والاصل
في كل نص ان يعمل بمقتضاه اطلاقا وتقييدا وله في المكاتب انه مستحق للعتق بسبب الكتابة فاي
وجه حصل عتقه وقع عن المستحق فلا يجزيه وصار كاعتاق من ادى بعض كتابته وكالمدبر وام الولد
ولنا ان الرق قائم من كل وجه ولهذا كان قابلا للفسخ والكتابة لا تنافي الرق لانه فك الحجر
بعوض والواجب عتق رقبة كاملة الرق بغير عوض يصرف في التكفير فاذا نوى باعتاقه الكفارة ولم يؤد شيئا
من بدل الكتابة فقد صرف عتق الرقبة الكاملة الرق الى الكفارة بغير عوض فصح ولان كانت الكتابة
مانعة فانها تنفسخ في ضمن الاعتاق اذ الكتابة تحتمله برضا المكاتب والظاهر رضاه لحصول العتق
له مجانا الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان الفسخ وقع لضرورة التكفير فلا يظهر في حق الولد
والكسب قال ولا يجوز المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا قال ولا
مقطوع اليدين وابهاميهما او الرجلين ولا المجنون المطبق ولا الاعمى والاصل في هذا ان الرقبة عند
الاطلاق تنصرف الى الكاملة ذاتا وذلك بان لا تفوت منها جنس المنفعة لان فوات جنس المنفعة
بمنزلة فوات النفس الا ترى ان الشارع اوجب كمال دية النفس عند تفويت جنس المنفعة بخلاف اختلالها

فانه لم يوجب الهلاك من وجه فالمقطوع اليدين او ابهاميهما او الرجلين او الاعمى فائت جنس منفعة البصر
او البطش او المشي وفوات جنس المنفعة مانع من الجواز بخلاف اختلالها ولهذا جازت العوراء ومقطوعة احدى اليدين
واحدى الرجلين من خلاف لاختلال المنفعة دون فواتها حتى لو قطعت يده ورجله من جانب واحد منع الجواز
لفوات جنس منفعة المشي اذ المشي يتعذر عليه والمجنون الذي لا يعقل فائت منافع جميع الاعضاء اذ المنفعة بها لا
تكون الا بالعقل وهذا اذا كان فائت العقل فاما اذا جن مرة وافاق اخرى اعتقه لان الاختلال غير مانع قال
ويجوز الاصم وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لفوات جنس منفعة السمع ووجه الاستحسان ان اصل المنفعة
قائم فانه اذا صيح به سمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان كان قد ولد اصم وهو الاخرس لم يجزه قال واجزنا
الخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين ه وقال زفر لا يجزيه اعتاق هؤلاء لانه هالك من وجه لفوات المنفعة
المقصودة من الانسان وهي الايلاد والجمال فصار كالعمياء ولنا ان المقصود من الاذن السمع وهو باق وهي
الجمال والعاب زينة زائدة لا اصل العبد بفواتها مستعملا كما لا يضير بفوات اللحية والحاجبين وكذلك الفائت
في المجبوب والخصي منفعة النسل وهي زيادة على ما هو المطلوب من العبد بحكم العرف فلم تعد نقصا تاما مانعا
من جواز التكفير قال ولو اشترى اباه ينوي الكفارة يجزيه ه اذا اشترى اباه او ابنه ناويا
بالشراء الكفارة جاز ذلك عن ظهاره وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه يثبت له حق العتق عند دخوله
في ملكه لا عن جهة الكفارة فلا يجزيه عن الكفارة كما لو قال ان دخلت الدار فعبدي حر ثم دخلها ناويا
يعتقه عن كفارة او ان ملكتك فانت حر ثم اشتراه ينوي الكفارة فانه يعتق عندكم ولا يجزيه ولنا انه
بالشراء اعتق رقبة عن كفارته فيجزيه وهذا لان شرا القريب اعتاق قال عليه السلام لن يجزي ولد والده الا
ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعله معتقا بالشرا كقولك اطعمته فاشبعته وضربته فاوجعته اي اطعمته
اطعاما هو اشباع وضربا هو ايجاع فكذا شرا هو اعتاق فكان تحرير الرقبة في الكفارة فصح بخلاف ما الزم
به لان نية التكفير لم تقارن التعليق الذي يكون سببا الاعتاق عند الشرط حتى لو قال ان اشتريتك
فانت حر عن كفارة يميني وان دخلت الدار فانت حر عن كفارتي ثم وجد الشرط عتق عن الكفارة
قال ولو اعتق موسر نصف عبد مشترك وضمن الباقي فاعتقه فهو غير مجز او نصف عبده
ثم الباقي فهو جائز ان لم يتخلل بينهما وقاع واجازاه مطلقا ه هاتان مسئلتان الاولى اذا اعتق
نصف عبد مشترك بينه وبين آخر والمعتق موسر وضمن قيمة الباقي فاعتقه عن الكفارة لم يجز عند ابي
حنيفة مطلقا وقالا لا يجزيه ان كان موسرا ولا يجزيه ان كان معسرا فلهذا قيد في المتن لفظ
الموسر ليفهم موضع الخلاف معها والمسئلة الثانية اذا اعتق نصف عبد عن الكفارة ثم اعتق باقيه
جاز بالاعتاق ان لم يتخلل بينهما وقاع فان تخلل بين اعتاق النصفين وقاع لم يجز عند ابي حنيفة وقالا
يجوز عتقه عن الكفارة لهما في الاولى انه لما ضمن قيمة نصف صاحبه ملكه بالضمان فكان معتقا
مطلقا

العبد المملوك له عن الكفارة فيصح بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب على العبد السعاية في نصيب
شريكه فيكون اعتاقا بعوض وله ان نصيب صاحبه انتقص على ملكه فانه لا يقدر على التصرف فيه
بيع ولا هبة وهذا النقصان في ملك الشريك مانع عن جواز عتقه في الكفارة ثم بالضمان انما ملكه بما بقي
فاذا اعتقه فقد اعتق عبدا ناقصا لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان ناقصا اما في المسئلة الثانية
فاذا اعتق نصف عبده بكلامين منفصلين فان النقصان حاصل في ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة ومثل هذا النقصان لا يمنع كما في الاضحية اذا اضجعها فاصابت السكين عينها بخلاف المسئلة
السابقة فان النقصان في النصف الباقي متمكن على ملك الشريك وهذا التعليل على اصل ابي حنيفة فانه
يرى تجزي الاعتاق واما على مذهبهما وهو عدم تجزي الاعتاق فاعتاق البعض اعتاق الكل فلا
يكون ذلك اعتاقا بكلامين واما الشرط وهو قوله ان لم يتخلل بينهما وقاع فهذه مسئلة تبتني على فرع القول
بتجزي الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله اذا اعتق النصف ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق الباقي
لا يكون مقدما عتق العبد كله على المسيس وتقدم عتق جميع العبد على المسيس شرط بالنص وعندهما
اجازاه مطلقا سواء جامع قبل اعتاق النصف الباقي او بعده لان اعتاق النصف عندهما اعتاق
للكل فكان معتقا لكل العبد قبل المسيس لوجود الشرط قال فان لم يجد صام شهرين متتابعين
قبل المسيس ليس فيهما رمضان ولا الايام الخمسة قد تقدم الكلام في الاعتاق بنوعيه فاذا لم يجد
المظاهر ما يعتق فكفارته ان يصوم شهرين متتابعين قبل المسيس لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا وانما لم يجز ان يكون فيهما رمضان ولا يوما العيد ولا ايام التشريق وهذه
في الايام الخمسة فلان شهر رمضان متعين لصوم الفرض وقد بينا انه يقع عن الفرض بمطلق النية ومع الخطا
في الوصف فلم يجز عن الظهار لتضمنه ابطال حق الشرع واما الايام الخمسة فالصوم فيها حرام منهي عنه
فكان ناقصا فلا يتادى به ما وجب كاملا قال فان جامعها في خلالهما ليلا عامدا او نهارا ناسيا
استانف ولا يلزمه به اذا جامع الظاهر امرأته في خلال الصوم ليلا عامدا او نهارا ناسيا
استانف عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا يستانف لان الجماع نهارا ناسيا
يفسد الصوم وليلا عامدا لا يمنع التتابع والشرط هو التتابع وان كان التقدم على المسيس شرطا فيما
بلثه تقديم البعض فيما ذهبتم اليه تاخير الكل عنه وتقديم البعض اولى ولهما ان الشرط
تقديمهما على المسيس وضرورة خلوهما عنه ومتى جامع في خلالهما عدم الاخلاء عنه فيستانف
ضرورة قال وان افطر فيها مطلقا استقبل يريد بالاطلاق انه سوا افطر بعذر او بغير
عذر فانه يستقبل الصوم لان التتابع شرط وهو قادر عليه عادة والتتابع يعدم بالفطر مطلقا
فيستقبل قال ولا يجزي العبد الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وفي

هذا الحصر دليل على انه لو اعتق المولى عنه او اطعم لم يجزه لانه اذا لم يكن من اهل الملك فلا يقبل التمليك
قال فان لم يستطع اطعم ستين مسكينا كالفطرة او قيمة ذلك ه اذا لم يستطع المظاهر
ان يصوم اطعم ستين مسكينا كما يطعمه في صدقة الفطر ودفع قيمة ذلك والاعتبار بالفطرة لقوله عليه
السلام في حديث سهل بن صخر واوس بن الصامت لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر انما هو الحاجة
اليومية للمسكين فاعتبر بالفطرة والكلام في جواز دفع القيمة تقدم في الزكاة قال وان غداهم وعشاهم
جاز لان المنصوص في الاطعام وهو حقيقة في التمكين من المطعوم وذلك بالاباحة بخلاف الزكاة
اذ الواجب فيها هو الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء ولا يحصل ذلك الا بالتمليك ولا بد من
الشبع في كل من الاكلتين اعتبارا للعادة ولا بد من الادام في خبز الشعير ليتمكن من الشبع فانه قل ما
يساغ بدون الادام ولا كذلك خبز الحنطة وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا غداهم وعشاهم خبزا وادام
او خبزا وحده او خبز الشعير وسويقا او تمرا اجاز قال وان اطعم واحدا ستين يوما جاز واباحة
الكل في يوم اجزأ عن يومه او فرق التمليك قيل بالجواز وعدمه اما المسألة الاولى فلان المعتبر
هو دفع حاجة المسكين وانها تتجدد كل يوم فكان الدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره باعتبار
تجدد الحاجة واما الثانية فاذا اعطاه كله في يوم واحد دفعة واحدة لم يجز الا عن يومه ذلك
لان التفريق واجب بالنص وهذا في الاباحة لا خلاف فيه وانما الخلاف في التمليك وقد اشار في المتن الى الاول
بقوله اطعم والى الثاني بقوله وان فرق التمليك فيه وهي المسألة الثالثة فاذا ملك المسكين في يوم
واحد مرارا قيل لا يجزئه كالاباحة من واحده وقيل يجوز لتجدد الحاجة الى التمليك مرارا في يوم واحد
وهذه من الزوايد قال ولو قربها فيه لم يستأنف واخرنا تقديمه ه اما عدم الاستيناف
بالقربان في خلال الاطعام فلان النص لم يشترط في الاطعام ان يكون قبل المسيس كما اشترط ذلك في الاعتاق
والصوم فيجري على اطلاقه وهذا هو التعليل لمالك رحمه الله في جواز القربان في خلاله ولنا ان
الكفارة في الظهار منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليقع بعده حلالا ووجه اخر
وهو ان الاطعام خلف عن الاعتاق والصيام فلو جوزناه بعد المسيس فربما يقدر على الاصل في خلال
الاطعام فيبطل حكم الخلف ويجب التكفير بالاصل فيقع بعد المسيس والنص قد شرط تقديمه عليه فشرطنا
تقديم الاطعام لذلك لا كما ظن بعضهم انه من حمل المطلق على المقيد وذلك لان ابا حنيفة ومحمدا
رحمهما الله قالا اذا قربها في خلال الشهرين استأنف تحقيقا لمعنى الاخلاء الذي هو من لوازم
التقديم والتقديم منصوص عليه فاذا تعذر التقديم لم يسقط الاخلاء فوجب الاستيناف ولو قربها
في خلال الاطعام لم يستأنف اجماعا لان وجوب الاستيناف كان لتحقيق الاخلاء الذي هو مقتضى
التقديم وليس بمنصوص عليه في الاطعام فلو كان هذا المنع من باب حمل المطلق على المقيد لحكموا

بوجوب الاستيناف في الاطعام كما حكموا به في فصل الصيام قال وان اعتق رقبتين عن كفارتين
او ضاعف عدد الايام والمساكين جاز عنهما من غير تعيين ه اذا وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق
رقبتين او صام اربعة اشهر او اطعم مائة وستين مسكينا ولم يعين احداهما بعينها جاز عنهما لان
الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة اذ النية في الجنس الواحد لغو قال او واحدة عنهما تخير فيه
اذا اعتق رقبة واحدة عن كفارتين فهو مخير في المتن عن ايهما شاء لان النية المعينة انما تعتبر عند
اختلاف الجنس والجنس هاهنا متحد فلغوا نية التعيين واذا لغت صحت الكفارة عن احدهما فيتخير في
جعلها عن ايهما شاء وهذه المسألة فيها خلاف زفر والشافعي وستاتي في الايمان ان شاء الله

فصل في اللعان

قال اذا قذف امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة وهي ممن يحد قاذفها وطالبته بموجبه لاعن وهي
شهادات تؤكد بالايمان لا بالعكس فان امتنع حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد فاذا لاعن وجب
عليها فان امتنعت حبست لتلاعن او تصدقه فيسقط ولا تحد ه الاصل في هذا الفصل ان
الفاظ اللعان شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج
ومقام حد الزنا في حق المرأة وعند الشافعي هي ايمان مؤكدات بالشهادة فيشترط اهلية اليمين للعان
عنده فيجري بين المسلم وامرأته الكتابية وبين الكافر وامرأته الكافرة وبين العبد وامرأته
وعندنا يشترط اهلية الشهادة فلا يجري الا بين الحرين المسلمين العاقلين البالغين غير محدودين
في قذف وهذا لان قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة ده
احدهم اربع شهادات بالله يشترط ولفظه بالله والشافعي رجح جهة اليمين لانه صلى الله عليه لما
اما ثاني حديث الملاعنين ان جاءت بالولد على النعت المكروه لولا الايمان لكان لي ولها
شان ونحن رجحنا جهة الشهادة لمكان الاستثناء من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون
من الجنس وقوله فشهادة احدهم وهو صريح في ان ما يوجد منهم من اللعان شهادات والدليل
على انه قائم مقام حد القذف في جانبه ان هلال بن امية قذف امرأته خولة بشريك بن سحماء
فقال يا رسول الله رأت عيني وسمعت اذني فقال عليه السلام البينة او حد في ظهرك فقال
يا رسول الله اذا رأى احدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فاعاد صلى الله عليه قوله فقال
هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت ولاعن
بينهما والدليل على انه قائم مقام حد الزنا في حق المرأة ان هلالا لاحق رماها بالشريك
بن سحماء قال صلى الله عليه ان جاءت به اثيج اصهب ربح حمش الساقين فهو لهلال

وان جاءت به مصطلح الساقين سابغ الاليتين او زوجعدا جاليا فهو لشريك فجاءت به على
النعت المكروه فقال عليه السلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ودلت على قيامه
مقام الحد ولانه انما صار الى اللعان عند التكاذب فكان خلفا عن الحد الا ترى انها لو صدقته
او كذب نفسه حد هو حد القذف وهي حد الزنا فعلم انه خلف والنص يشير في جانبها الى الخلفية
ويدرا عنها العذاب ان تشهد اذ ثبت ذلك فاهلية الشهادة شرط لما بيناه ويجري اللعان بين الفاسق
وامراته لان الفاسق اهل للشهادة عندنا الا انه لا تقبل شهادته في اكثر المواضع لتهمة الكذب
وهذه الشهادة مشروعة في موضع التهمة فلا ترد ولذلك يجري بين الاعمى وامراته وان كانت عمياء
لان الاعمى اهل للشهادة ويجب ان يكون اهلا للاداء الا انه لا يتهم بالكذب الا انه لا تقبل سائر الشهادات
لانه لا يفرق بين المشهود له والمشهود عليه الا بقول غيره وههنا يقدر على ان يفصل بين نفسه وبين امراته
فيكون اهلا لاداء هذه الشهادة ولا بد ان تكون المراة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام القذف فلا
من احصانها فيجب نفي الولد لانه اذا نفاه فقد قذفها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من فراش فاسد
فلا يكون نفيه قذفا لان الاصل في النسب هو الفراش الصحيح والفاسد ملحق به احتياطا لاحياء الولد فكان نفيه
عن الفراش الصحيح قذفا حتى يظهر الملحق به وهو الفراش الفاسد لانه من العوارض فلا يثبت الا بدليله ولا بد
من طلبها الموجب للقذف لان ذلك حقها لدفع العار عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فاذا امتنع
عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن لانه حق وجب عليه فيحبس به لقدرته عليه او يكذب نفسه فيحد لانه
اذا كذب نفسه سقط اللعان فيجب الحد الذي هو الموجب الاصلي للقذف واذا لاعن هو وجب
عليها اللعان بالنص فان امتنعت من ذلك حبسها الحاكم حتى تلاعن لانه حق مستحق عليها فتحبس فيه او تصدقه
فيسقط اللعان ولا تحد حد الزنا وهذان الحكمان من الزوائد فسقوط اللعان لاجل التصديق وعدم وجوب
حد الزنا متوقف على الاقارير الاربعة عندنا على ما ياتيك وعند الشافعي تحد حد الزنا لان الزاني يحد عنده بالاقرار
مرة واحدة قال فان لم يكن من اهل الشهادة حد اذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا
في قذف فقذف امراته فعليه الحد لتعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله
تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان ثابت على وجه الخلفية عنه قال وان كانت ممن لا يحد
قاذفها وهو اهل فلا حد ولا لعان اذا كان الزوج من اهل الشهادة والمراة ممن لا يحد قاذفها بان كانت امة
او كافرة او محدودة في قذف او صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لان المانع من جهتها
فصار كما اذا صدقته ويعزر لانه اذاها والحق الشين بها ولم يجب الحد فيجب التعزير حسما لهذا الباب
والاصل في ذلك قوله عليه السلم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم
والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وفي رواية والمسلمة تحت الكافر والكافرة تحت المسلم وصورته اذا

كانا كافرين فاسلمت فقذفها قبل عرض الاسلام عليه وان كانا محدودين في القذف فقذفها فعليه الحد
لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله وانما لم يعتبر امتناعه من قبلها لان البداءة
من جانب الزوج فلا يعتبر الامتناع من جانبها الا بعد استحقاق اللعان عليها وانما يستحق اللعان عليها
بعد فراغ الزوج وهو ليس باهل فتعين الحد قال ولو شهد عليها بالزنا مع ثلثة تقبل اذا
شهد الزوج على امراته بالزنا وهو رابع اربعة قبلت شهادته عندنا وقال الشافعي لا تقبل لموضع التهمة
حيث الحقت العار به فحملته على الشهادة ولنا انه يصلح شاهدا عليها فيسمع شهادته كما في غير الزنا والظاهر
من حاله انه يسعى في ستر حال زوجته مهما قدر لا في اظهار الفاحشة فانتفت التهمة ظاهرا قال
ويبتدي الزوج فيقول اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وفي الخامسة
لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتك به الزنا مشيرا اليها وتقول اربعا اشهد بالله انه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا وفي الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا
والاصل فيه ما تلونا وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه ياتي بلفظ الخطاب يقول فيما رميتك لان
ذلك قطع للاحتمال ووجه المذكور في الكتاب ان ضمير الغائب اذا انضم اليه الاشارة كان في انقطاع
الاحتمال كالخطاب وانما يبتدي الزوج لانه هو المدعي ولان النبي صلى الله عليه بدا به بالزوج قال
ولم توقع الفرقة بلعانه ولا بلعانهما تتوقف على تفريق الحاكم اذا فرغ الزوج من لعانه قال
الشافعي وقعت الفرقة بينهما قبل لعان المراة وقال زفر لا يقع الفرقة ولا اذا تلاعنا جميعا وعندنا
لا يقع الا بتفريق الحاكم بعد التعانهما حتى لو مات احدهما قبل حكم الحاكم بالفرقة ورثه الاخر للشافعي
ان الفرقة بيد الزوج فيقع بكلامه ولعانها بعد ذلك لدرء الحد عنها قال تعالى ويدرأ عنها العذاب ان
تشهد ولزفر قوله عليه السلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفى الاجتماع بينهما بعد التلاعن فيكون
تنصيصا على وقوع الفرقة بينهما بعد تلاعنهما ولنا ما روي عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن
عمر رضي الله عنهم انه صلى الله عليه لاعن بين رجل وامراته فلما فرغا فرق بينهما ولو وقعت الفرقة بينهما
بلعانه او تلاعنهما لما احتيج الى التفريق ولما روي عن سهل بن سعد انه عليه السلم لما لاعن بين العجلاني
وامراته قال العجلاني كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلثا قال الراوي ففارقها قبل
ان يامره عليه السلم بمفارقتها فكانت سنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ووجه الاستدلال انه لو كانت الفرقة
وقعت بتلاعنهما لم يقع طلاقه ولما امضاه عليه السلام ولانكر عليه ذلك ولان ثمرات العقد تفوت
باللعان لعدم انتظام الازدواج والسكنى بينهما مع اصرارهما على ما قالا والعقد لا يرتفع بارتفاع
ثمرته كما في العنين الا ان الزوج بالقذف الذي هو سبب اللعان صار ممتنعا عن الامساك بالمعروف فتعين عليه التسريح
بالاحسان فيؤمر به فاذا امتنع ناب القاضي منابه فيه وما رواه زفر محمول على بيان حرمة الاستمتاع دون

ووقوع الفرقة عليه لأنهما جميعا كأحد الزوجين المجوسيين إذا أسلم يثبت حرمة الاستمتاع في الحال ولا يقع
الفرقة ما لم يطلقها زوجها أو يفرق القاضي بينهما حتى لو أسلم الآخر بقي النكاح بينهما فكذا ههنا إذا
فرغا من اللعان يثبت حرمة الاستمتاع في الحال ولا يقع الفرقة إلا بطلاقه بائنا أو بتفريق الحاكم حتى لو أ
كذب نفسه في هذه الحالة بطلت تلك الحرمة وحلت لزوجها بدون تجديد النكاح ولو طلقها في هذه الحالة
تطليقة بائنة يقع قال وتكون الفرقة تطليقة بائنة وإذا أكذب نفسه أو حد للقذف أو هي للزنا جاز نكاحها
ويؤبد تحريمها ه إذا فرق الحاكم بينهما بعد التعانهما كانت الفرقة تطليقة لأن فعل القاضي انتقل إلى الزوج
فصار كالعنين وإذا أكذب نفسه جاز نكاحها عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله هي حرام عليه أبدا
لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد ولهما أن المتلاعنين هما المشتغلان باللعان حقيقة
وبعد الفراغ لا يكونان متلاعنين حقيقة إلا أن الشرع اعتبرهما متلاعنين لترتب حكم اللعان عليهما وهو الحرمة المؤبدة
فإذا أكذب نفسه فقد عدم حقيقة وحكما لأن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها على أن بقاء
اللعان بعد الإكذاب محال لأنه يجب عليه الحد بإكذابه نفسه فلا يبقى أهلا للشهادة فلا يبقى أهلا للعان
فحمله على ما قلنا أو ما قبل أهلية اللعان عنه محال فلا يتناوله الحديث فتمسكنا بالعمومات المبيحة للنكاح وإذا
وإذا ثبت جواز الاجتماع بعد الحد المتعقب للإكذاب ثبت قبل الحد إذا لم تطلب المرأة لامتناع إقامة حد القذف
بدون طلب من له الحق وإذا قذفت غيرها فحدت لم تبق أهلا أيضا فارتفع اللعان بحكمه وكذلك إذا زنت هي فحدت
لانتفاء أهلية اللعان من جانبها قال ولا يعتبر قذف الأخرس أي لا يتعلق به اللعان لأن ذلك يتعلق بالصريح كحد
القذف وهذا لأنه لا يعرى عن شبهة والحدود تندرئ بالشبهات قال وإن كان القذف بولد نفى القاضي
نسبه وألحقه بأمه ه وصورة ذلك أن يقول الزوج أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد
وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد جميعا ذكرهما في اللعان فإذا التعنا نفى القاضي نسب الولد عن
أبيه وألحقه بأمه لما روي أنه عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها ولأن المقصود
من هذا اللعان نفي نسب الولد عنه فيوفر عليه مقصوده ويتضمن ذلك القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف أن
القاضي يفرق ثم يقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأن نفي الولد ينفك عن التفريق فلا بد
من ذكره قال وإن نفى الحمل لا يلاعن وقالا إن جاءت به لأقل من ستة أشهر لاعن ولا يوجبه في الحال ه إذا
نفى الرجل حمل امرأته عنه بأن قال ليس حملك مني فلا لعان أصلا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن جاءت بالولد
لأقل من ستة أشهر منذ نفاه وجب عليه اللعان وقال الشافعي يجب اللعان بنفي الحمل في الحال لأن النبي صلى الله
عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته وهي حامل وألحق الولد بها ولهما أنه تبين بطريق السبب
أنه كان قاذفا حين قال هذه المقالة فيتناوله موجب اللعان فيجب وله أنا أجمعنا على أن اللعان
لا يجب قبل الولادة عندنا فلو وجب اللعان بعد الولادة لكان هذا في معنى تعليق القذف بالشرط فلا يجب

شيئا كما لو قال إن كان بك حمل فليس مني لا يلزمه شيء وإن أتت به لأقل من ستة أشهر وهذا لأنه إخبار لا إنشاء
والإخبارات لا تتعلق بالشرط لأن الإخبار إما صادق فلا ينقلب بالشرط كاذبا وكذا عكسه ولا حجة في حديث هلال
لأنه قذفها بصريح الزنا فإنه روي أنه ادعى أنه وجد رجلا يزني بها فإنه يوجب اللعان في الحال والكلام
ههنا في مجرد نفي الحمل قال وإن قال زنيت وهذا الحمل منه تلاعنا ونفيته إذا قال لامرأته زنيت
وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه وهذا الخلاف
مبني لزوائده ما روي أنه عليه السلام نفى ولد هلال وقد قذفها حاملا ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه
إلا بعد الولادة أو لأن الاحتمال قائم في كونه حملا أو غيره لامتناع الحكم عليه وهو جنين كالإرث والوصية
والحديث محمول على أنه عرف الحبل بطريق الوحي قال وإذا نفى ولده عقيب الولادة أو حال قبول
التهنئة وابتياع آلة الولادة صح ولاعن وإن نفاه بعده لاعن وثبت نسبه والتقدير بيوم أو بسبعة روايات
وفي الأمة والنفاس ه إذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة به أو في
حال ابتياع أسباب الولادة صح نفيه فيلاعن به وينفيه القاضي وإن نفاه بعد ذلك لاعن وثبت نسبه
وهذا ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدر بسبعة أيام وروي عنه التقدير بيوم
وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس وهو أربعون يوما والأصل في هذا أن له النفي بحضرة
الولادة دون غيرها لأن النفي إنما يعتبر عند الولادة فتقادم العهد دليل الالتزام فلا يصح النفي بعده
فهما قالا إن النفاس أثر الولادة فجعل زمانه زمان حضرة الولادة وأبو حنيفة يقول على ظاهر المذهب الاعتبار
في حضرة الولادة للعرف فما يعد حضرة الولادة عرفا فيجعل لذلك لأنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل
وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة أو سكوته عندها أو ابتياع آلة
الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ووجه التقدير بيوم أنه ملحق بالحال باعتبار أن المجلس
قد يمتد يوما وحال الولادة زمان حضرتها فكذا ما التحق به ووجه التقدير بسبعة أن أثر الولادة وقبول
التهنئة يمتد إلى الأيام ونظيرها منها عادة فألحقت بالحضرة اعتبارا للأثر بالحقيقة وما وراء ذلك ليس بحضرة الولادة
ولا ملحقا بها فكان في معنى ما تقادم به العهد فلا يصح النفي فيه وإذا كان غائبا فأخبر بالولادة يجعل كأنها
ولدت الآن يعني يثبت الخلاف في الزمان الذي بعد العلم فعنده له النفي يوما أو سبعة على الروايتين وعندهما
إلى تمام الأربعين يوما إن لم يمض لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحال الولادة على الأصلين
وأما إذا مضت أربعون يوما فعند محمد تمام أربعين يوما من حين علم مقام الأربعين الأولى وعن أبي يوسف
تمام مدة الرضاع وهي سنتان مقام مدة النفاس لاختصاص كل واحد منهما بالولادة وهذه المسألة من
الزوائد قال وإذا أتت بولدين في بطن فاعترف بالثاني ثبتا وحد أو بالأول ثبتا ولاعن إذا أتت
المرأة بولدين في بطن واحد فنفى الولد الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد

فكان عيرنه باحدهما اعترافا بالاخرى ضرورة لانه اكذب نفسه في دعوى الثاني وان اعترف
بالولد الاول ... الثاني ثبت نسبهما لما قلنا ولا يعزر لانه صادق في نفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار
بالعفة سابق على القذف فكانه قال هي عفيفة ثم قال هي زانية وفيه اللعان والمسئلة الثانية من الزوايد
قال ولو مات بنته المنفية عن ولد فادعاه ثبت نسبه عندهما قال ابو حنيفة رحمه الله اذا ماتت
البنت المنفي نسبها عن ولد ثم قال الذي نفى نسبها هذا الولد ولدي لم يثبت النسب منه وكذا لا يثبت
لانه لو كان المنفي نسبه ابنا والمسئلة بحالها ثبت نسبه اجماعا فكذا هذا لان ولد البنت ابن اسنادا كالابن في احكام
النسب من عدم قبول الشهادة وعدم جواز اداء الزكاة فيشتركان في صحة الدعوة ولهما ان نسب الولد
ههنا ثابت من ابيه وجده لو نفت العنه عن نسبه من جانب الام بخلاف ولد الابن لاحتياجه الى ثبوت
نسبه من الجد لاضافته اليه في النسبة فاعتبر الحاجة فلا يشاركه في الدعوة ه

فصل في العدة

قال وتعتد الحرة الحائض المدخول بها عن الطلاق والفسخ ثلثة قروء وقروؤها بالحيض لا بالاطهار
العدة مصدر عد الشيء يعده ويقال عليه السلام متى يكون القيامة قال اذا تكاملت العدتان اي عدة
اي عدة اهل الجنة وعدة اهل النار اي عددهم وسمي الزمان الذي تتربص فيه المراة عقيب الطلاق والموت
عدة لانها تعد الايام المضروبة عليها في الشرع والاصل في وجوبها قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلثة قروء والعدة بانواع ثلثة بالحيض والاشهر ووضع الحمل وقد ورد الكتاب بالجميع واسبابها الطلاق
والوفاة والوطء على ما نبينه ان شاء الله فالمطلقة او التي فسخ نكاحها بغير طلاق اذا كانت حرة ممن تحيض
وهي مدخول بها عدتها ثلث حيض وقال الشافعي ثلثة اطهار وهذا الخلاف في تاويل القرء وهو لفظ
مشترك وضع للطهر والحيض واستعماله فيهما معا محال بالاجماع تاوله الشافعي بالاطهار لان واحدها قرء
وقد قال صلى الله عليه ان من السنة ان تطلقها في كل قرء تطليقة اي في طهر وتاوله اصحابنا بالحيض لقوله
صلى الله عليه وسلم للمستحاضة دعي الصلوة ايام اقرائك وقوله عليه السلم طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان فكان ساكتا في جانب الحرة ولان الجمع الذي يقترن به العدد يجب اكماله صونا للعدد عن الالغا
فانه لفظ خاص موضوع لعدد مخصوص والطلاق اذا وقع حالة الطهر فلو انقضت العدة بالاطهار
لانقضت بطهرين وبعض الثالث وانما يستقيم ذلك في الجمع اذا لم يقترن به العدد كقوله تعالى الحج اشهر
معلومات اما مع اقتران العدد به فلا تحرزا عن ابطال حكم العدد واذا انقضت بالحيض كانت ثلثة كاملة
والثلثة اسم للكوامل ولان الحيض معرف براءة الرحم وهو المقصود من العدة وانما شرط الدخول
لان المدخول بها لا عدة عليها لقوله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والفسخ كالطلاق غيره

لان العدة لبراءة الرحم وانه يشملهما وانما قال وقروؤها ولم يقل وتفسيرها لان القرء
نوع من المشترك تعالب الراي من قوله الى انه اذا رجع قال وان طلقت في الحيض لم تعتد بتلك
الحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها قال والصغيرة
والايسة ثلثة اشهر ه اي وتعتد الصغيرة والايسة لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واختلف اصحابنا في حد الاياس فقال بعضهم يعتبر بقرائنها وقيل
يعتبر بتركيب بدنها لانه مما يختلف بالسمن والهزال وعن محمد رحمه الله انه قدره بستين سنة وعنه
في الروميات انه قدره بخمس وخمسين سنة وفي المولدات ستين وقيل هو مقدر بخمس سنة والفتوى
على خمس وخمسين سنة من غير فصل وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وعنه ايضا ما بين خمسين وخمسين
الى ستين قال وان امتد الطهر بالاقرا لا بثلثة اشهر بعد تسعة ه الحرة اذا كانت ممن
تحيض الا ان طهرها ممتد فانها تعتد بالحيض لا غير وقال مالك رحمه الله تتربص بعد الطلاق
تسعة اشهر ثم تعتد بعدها بثلثة اشهر لان تسعة اشهر على المدة المعتادة لظهور الحبل فاذا انقضت
تحققنا براءة الرحم ثم تعتد بثلثة اشهر لصيرورتها في معنى من لا تحيض ولنا ان الاعتداد بالاشهر
مختص بالصغيرة والايسة وهذه ليست صغيرة ولا ايسة لانه لم يحكم باياسها فتكون حائضا باستصحاب
الحال فلا تعتد بالشهور قال والامة حيضتين وامرأة الايسة شهر ونصف لا بثلثة
اي وتعتد الامة اذا كانت ممن تحيض حيضتين لما روينا ولان الرق منصف والحيضة الثانية
لا تتجزى فكملت وعن عمر رضي الله عنه لو استطعت جعلتها حيضة ونصفا وان كانت ايسة
من صغيرا وكبر فعدتها شهر ونصف وقال مالك تعتد ثلثة اشهر لا طلاق ولا موتا ولنا
ان الرق يوثر في التنصيف ولما وجب على الحرة الاعتداد ثلثة قروء وقال عليه السلم عدة
الامة حيضتان ظهر اثر التنصيف الا ان لتكامل لعدم تجزي الحيضة والتنصيف غير متعذر
في الاشهر جريا بها على الاصل قال والحرة المتوفى عنها باربعة اشهر وعشر اي وتعتد
الحرة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر
وعشرا والمعتبر عشرة ايام وعشر ليال من الشهر الخامس وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص
ان المعتبر عشر ليال وتسعة ايام حتى اجاز لها ان تتزوج في اليوم العاشر وقد اخذ بظاهر الجمع
في المذكر والمونث تقول عشر ليال وعشرة ايام ولكنا نقول ذكر احد العددين من الايام
والليالي بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر قال والامة بالنصف ه اي
وتعتد الامة شهرين وخمسة ايام لما بينا من تاثير الرق في التنصيف قال والحامل مطلقا بالوضع
اي وتعتد الحامل سواء كانت حرة وامة بوضع حملها يعني منتهى عدتها وضع حملها لعموم قوله تعالى

والآيات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولان المقصود انما هو تعرف براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولا اشتغال بعد وضعه واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج وعن ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة الطلاق نزلت بعد هذه الآية نزلت بعد التي في سورة البقرة يعني والذين يتوفون منكم فيكون ناسخة لها في حق الحامل وبقي فيما وراءها على اطلاقها قال والفاسدة النكاح والموطوءة بشبهة بالحيض في الفرقة والموت لان العدة ههنا للتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف قال واذا اعتدت الآيسة بالشهور ثم رات الدم استانفتها بالحيض كما بينا تستانف اذا رات الدم على جاري عادتها وهذا لان عود الدم على العادة يبطل الاياس هو الصحيح وشرط الخلفية الى الخلف استمرار العجز عن الاصل الى حين الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني والاعتداد بالشهور خلف عن الاعتداد بالحيض فلا يصح الا بعد الياس دائما فاذا قدرت على الاصل انتقض حكم الخلف قال او آيست بعد حيضتين فبالشهور تحرزا عن الجمع بين الاصل والخلف والمبدل والبدل فان شرط البدل الخلو عن الاصل فلا يجتمعان قال ولو اعتقت في العدة من رجعي امرها بعدة الحرائر وان كانت مبانة لم نامرها الامة اذا اعتقت وهي معتدة من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر وقال مالك لا تنتقل لانها وجبت على جهة فلا تتبدل وان كانت معتدة من طلاق بائن لا تنتقل عدتها الى عدة الحرائر وقال الشافعي رحمه الله هي كالحرة في قول وكالامة في قول وفي قول ان كانت رجعية التحقت بالحرة وان كانت بائنة فبعد قرين وجه الانتقال الاعتبار بالعدة عن الطلاق الرجعي والجامع حصول شرف الحرية في العدة ولنا وهو الفرق ان النكاح قائم مع الطلاق الرجعي من كل وجه فانتقل العدة كما لو اعتقت قبل الطلاق بخلاف المبانة والمتوفى عنها زوجها لزوال النكاح بالابانة والموت وتقرير هذا ان التعارض واقع من حال انعقاد السبب وهو الطلاق وبين حال نزول الحكم وهو ثبوته عند انقضاء العدة فاذا اذا اعتبرنا حالها عند انعقاد السبب تجب عدة الاماء من حين الانعقاد واذا اعتبرنا حالها عند نزول الحكم تجب عدة الحرائر مقتصرا على زمان الحكم فاعتبرنا زمان السبب في حق الشروع وزمان الحكم في حق التمام اعتبارا لحالتها في الحالتين واعمالا للدليلين واما في البينونة فلم يعارض الدليل لان الحكم البينونة زمان وقوع الطلاق قال واذا اعتقت ام الولد ومات مولاها فامرها ثلث حيض لا بواحدة وقال الشافعي بيوم حيضة واحدة لانها واجبة لزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء لان الغرض تعرف براءة الرحم ولنا انها واجبة لزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وفراش ام الولد وان كان اضعف من فراش المنكوحة الا انهما اشتركا في اصل الفراش والمحل محل الاحتياط

فيلحق القاصر منه بالكامل منه احتياطا قال او مات زوجها ومولاها وجهل الترتيب وكمية ما بينهما فعدتها عدة الوفاة وفيما لا يجمع بين العدتين ههنا مسائل الاول اذا مات مولى ام الولد عنها ومات زوجها وجهل الترتيب لكن ما بينهما من الزمان اقل من شهرين وخمسة ايام اعتدت باربعة اشهر وعشر لا غير لان المولى ان مات اولا لم يلزمها الاعتداد عنه لانها منكوحة وبعتق فيلزمها عدة وفاة الزوج عدة الحرائر وان كان الزوج مات اولا وهي امة لزمها شهران وخمسة ايام وبموت المولى لا يلزمها عدة المولى لانها معتدة عن نكاح فيلزمها في حال اربعة وعشر وفي حال نصفها فيعمل بالاكثر احتياطا المسئلة الثانية اذا ماتا وجهل الترتيب الا ان بينهما شهران وخمسة ايام او اكثر اعتدت اربعة اشهر وعشرا وتستكمل فيها ثلث حيض لان المولى ان مات اولا لم يلزمها عدته لانها منكوحة وبعد موت الزوج يلزمها اربعة اشهر وعشر لانها حرة وان مات الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام وبموت المولى بعده توجب عليها ثلث حيض فيجمع بينهما احتياطا الثالثة وهي الخلافية ان موت المولى والزوج والترتيب مجهول وما بينهما من الزمان مجهول قال ابو حنيفة رحمه الله تعتد اربعة اشهر وعشرا لا غير وقالا يجمع بين العدتين احتياطا لجواز ان يكون المولى مات اولا فعتقت ثم مات الزوج فوجبت عدة الوفاة وجواز ان يكون الزوج مات اولا وانقضت شهران وخمسة ايام ثم مات المولى فيجب ثلث حيض وهذا لان موت المولى سبب للاعتداد ثلث حيض وقيام حق الزوج مانع وهو وقع الشك في بقاء المانع فوجب حكم السبب احتياطا كما لو تزوج بنتين في عقدة وثلاثا في عقدة واربعا في عقدة ومات مجهلا فان العدة تجب على الجميع لوجود السبب ووقوع الشك في المانع في حق كل فريق وهو تقدم نكاح فريق اخر بخلاف ما اذا وقع الشك في السبب فانه لا يحتاط لاثبات الحكم لتعذر ثبوت الحكم بدون السبب كما اذا قال ان لم ادخل كذا فانت طالق ثم مات ولم يعلم وجد الشرط ام لا فانها لا تجب عدة الطلاق لوقوع الشك في السبب لانه ينعقد عند وجود الشرط ووجوده مشكوك فيه وله ان الواقع ليس الا الاحتمال الا ان احد الاحتمالين ثابت ولا احتمال للاخر فيحتمل بيان هذا ان موت الزوج بعد المولى يوجب الاعتداد بعدة الوفاة قطعا وهذا الاحتمال ثابت واحتمال موت الزوج قبل المولى ليس بموجب للاعتداد بثلث حيض قطعا لجواز ان يكون موت المولى بعد الزوج قبل انقضاء شهرين وخمسة ايام فلا يجب وجواز ان يكون بعد انقضاء هذه المدة فيجب فيها الاحتمال ثابت على احد التقديرين دون الاخر فكان الاحتمال الثابت قطعا قائما مقام الحقيقة عملا بالاحتياط ولا يقام احتمال وجوب العدة على المولى لان شبهة الشبهة ساقطة الاعتبار بالاجماع بخلاف وجوب العدة على اولئك

النسا ثبوت احتمال وجوب العده عليهن لان نكاح كل زوج اما ان يكون منعقدا او لم يكن فان يقدم
وجب العده قطعا والا لا يجب قطعا فيكون الاحتمال ثابتا فيلحق بالحقيقه قال ولو مات صغير عن
امراته الحامل فعدتها بالشهور كما في الحادث بعده وقالا بوضع الحمل ه صغير مات عن زوجته وهي حامل قال
ابو يوسف والشافعي تعتد بالشهور لانها متوفى عنها زوجها وتيقنا بفراغ رحمها عن مائه كما لو حدث الحبل بعد
موته وقد نبه بقوله كما في الحادث بعده على الحكم في تلك المسئله وعلى التعليل لابي يوسف وقال ابو حنيفه ومحمد
تعتد بوضع الحمل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهذه ترد على ابي يوسف اذ ارادنا تناوله عموم
النص فيجب عليها حكمه ولان العده في اولات الاحمال مقدره بوضع الحمل قصرت المده او طالت لا للتعرف عن
براءة الرحم لانها شرعت بالاشهر في حق الحامل مع وجود الاقراء وليس الا لقضاء حق النكاح وهذا
المعنى يتحقق في حق الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف ما لو حدث الحبل بعد الموت لان العده وجبت بالاشهر
فلا تتغير بحدوث الحبل وفي مسئلتنا وجبت مقدره بوضع الحمل فافترقا قال في الهدايه ولا يلزم امراه
الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما هذا اشاره الى
ان امراة الكبير اذا حدث بها حمل بعد الموت تعتد بوضع الحمل بايراده نقضا وقد ذكر شمس الائمه في المبسوط
ان بعض مشايخنا زعم ان امراة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت تعتد بوضع الحمل وليس كذلك بل الجواب
في الفصلين واحد ومتى كان الحبل حادثا بعد الموت كان من زنا فلا يتغير حكم العده به وانما الفرق في امراة الكبير
اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين فتنقضي عدتها به لانه يستند العلوق الى ما قبل الموت حتى يحكم بثبوت النسب
من الزوج فيتبين ان الحبل ليس بحادث بعد الموت وفي امراة الصغير لا يستند العلوق الى ما قبل الموت وانما يستند
العلوق الى ادنى الاوقات لان النسب لا يثبت منه فاذا لم يكن الحبل ظاهرا وقت الموت جعل حبلا حادثا
قال ولا يثبت نسبه لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح انما يقام مقامه في
موضع التصور وهذه من الزوائد قال واذا وطئت المعتده بشبهه فوجبت اخرى فانهما على
التداخل لا التعاقب فان انقضت الاولى تمت الثانيه المعتده عن الطلاق اذا وطئت بشبهه بان
تزوجها رجل او وجدها على فراشه فوطئها ظانا انها زوجته وجب عليها عده اخرى عن الوطي بالشبهه
وتداخل العدتان فيكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا فان كان الوطي بالشبهه بعد انقضاء حيضه مثلا
فحاضت حيضتين بعدها تمت العده الاولى ووجب عليها ان تتم الثانيه بحيضه ثالثه وقال الشافعي
لا تتداخلان لان المقصود هو العباده فان الاعتداد هو عباده الكف عن الخروج والامساك عن التزوج ولا
مدخل في عباده الكف والامساك كالصومين لا يتداخلان في يوم واحد ولنا ان المقصود انما هو تعرف
براءة الرحم ومعنى العباده تابع لا مقصود الا ترى ان العده تنقضي بدون علمها ومع ترك الكف والعباده لا تحصل
من المكلف بدون علمه ولا مع تركه اياها والتعرف بالبراءه يحصل مع التداخل ولو كانت معتده الوفاه فوطئت

بشبهه تعتد بالاشهر وتحتسب بما تراه من الحيض فيها من العده الثانيه تحقيقا للتداخل بقدر الامكان
قال وتبتدئ العده في الطلاق والوفاه عقيبهما وتنقضي بمضي المده وان لم تعلم بها ابتداء العده في الطلاق عقيب
الطلاق وفي الوفاه عقيبها لان السبب في وجوبها الطلاق او الوفاه فيعتبر ابتداؤها من حين وجود السبب
فان اقر انه طلقها من وقت كذا فكذبته او قالت لا ادري وجبت العده من وقت الاقرار ويجعل الاقرار كانشاء
الطلاق احتياطا وان صدقته فمن وقت الطلاق واختار المشايخ رحمهم الله انها تجب من وقت الاقرار زجرا
عن المواضعه وزجرا له عن كتمان طلاقها لانه يصير مستمتعا بوطئها في الحرمه ولا تجب لها نفقة العده
قال وابتداؤها في النكاح الفاسد عقيب التفريق او العزم على ترك الوطي لا من اخر الوطيات
العده في النكاح الفاسد من حين التفريق بينهما او عزم الواطي على ترك الوطي وقال زفر من اخر الوطيات
حتى لو كانت حاضت بعد الوطي قبل التفريق ثلث حيض فقد انقضت العده وهاتان الائمه من الزوائد له
ان المؤثر في ايجابها هو الوطي فيعتبر من اخر الوطي ولنا ان كل وطي يوجد في العقد الفاسد يستند الى حكم العقد
الا ترى انه لا تجب بالوطيات كلها الا مهر واحد فلو ثبتت العده قبل المتاركه او العزم فوجد وطي اخر
بعده لم يمكن الجمع لزوال المرجح للجمع اذ العله الموجبه عند زوال العقد فلا يجوز ان تثبت مع جواز وجود
الوطي ولان التمكن من الوطي على وجه الشبهه اقيم مقام حقيقه الوطي لخفاء الوطي فاذا وجدت المتاركه
انقطع التمكن فانقطع جعله واطيا فوجبت العده حينئذ قال واذا ادعت انقضاءها بالحيض فاقل
المده شهران وقالا تسعه وثلثون يوما اقل مده تصدق فيها المراه اذا اقرت بانقضاء عدتها بالحيض
شهران عند ابي حنيفه وقالا تسعه وثلثون يوما لانها امينه اخبرت بانقضاء عدتها في مده تحتمل
انقضاءها فيه فتصدق وجوابنا ان يكون مده حيضها ثلثه ايام وطهرها خمسه عشر فاذا اتى بوقوع الطلاق
قبل اول حيضه بساعه فثلثه ايام حيض وخمسه عشر طهر ثم ثلثه حيض وخمسه عشر طهر ثم ثلثه حيض فكملت
العده وله ان الاحكام الشرعيه تبنى على الغالب دون النادر وكون مده حيضها وطهرها اقل
مده الحيض والطهر نادر فيلحق بالمعدوم وكذا لو بنينا الا كثر مدتيهما نفي الحكم عن الوطي وهو اعتبار ان
اقل المده في احدهما والاكثر في الاخر لكن اكثر الطهر غير محدود فاعتبرنا اكثر مده الحيض واقل مده الطهر
فيكون ثلثون يوما مده ثلث حيض وثلثون اخرى مده طهرين وهذه روايه محمد وروى الحسن بن
زياد انه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسه ايام ويجعل ابتداء الطلاق في اول الطهر عملا بالسنه فخمسه
عشر يوما طهر وخمسه حيض هكذا ثلث مرات وقولهما لا بد من اعتبار اقل الطهر يتضمن ابطال حق مقصود
وههنا يتضمنه فانه يبطل حق الزوج في الرجعه ومنعها من الخروج وصار كالوصي اذا ادعى انفاق شي
كثير على الصغير فانه لا يصدق الا انه اذا اقرت بانقضاء عدتها بالحيض فعندهما تصدق في اربعه وعشرين
يوما سته ايام حيضتان وخمسه عشر يوما طهر بينهما وعند ابي حنيفه على روايه محمد تصدق في خمسه

بمناسبه

وثلثين يوما وعلى رواية الحسن في اربعين يوما قال ـــــ ولو علق طلاقها بالولادة قالت لها خمسة وثمانون
والماية رواية وصدقتها في خمسة وستين لا اربعة وخمسين اذا قال لامراته اذا ولدت فانت
طالق فولدت وطلقت ثم اخبرت بانقضاء عدتها بالحيض وروى محمد عن ابي حنيفة انها لا تصدق في اقل
من خمسة وثمانين يوما وروى الحسن انها لا تصدق في اقل من ماية يوم وقال ابو يوسف تصدق في خمسة
وستين يوما وقال محمد في اربعة وخمسين يوما وجه رواية محمد ان الطهر المتخلل بين الدمين في مدة النفاس
نفاس عنده فلا بد من مدة يوجد بعدها طهر لا يكون حكمه حكم النفاس ليكون خمسة وعشرين نفاسا
خمسة عشر طهرا الا ان جعلنا مدة النفاس اقل من ذلك لا يكون لخمسة عشر طهرا ثم خمسة ايام للحيض اعتبارا للوسط
وخمسة عشر يوما للطهر ثم خمسة للحيض وخمسة عشر للطهر ثم خمسة للحيض فهذه خمسة وثمانون ووجه رواية الحسن ان
يوجد بعد الاربعين يوما عشرة ايام للحيض اعتبارا للاحتياط ثم خمسة عشر للطهر كما مر في المسئلة السابقة حتى تمضي ستين
تضاف الى الاربعين لتتم ماية ووجه قول ابي يوسف ان يجعل نفاسها احد عشر يوما لان اكثر الحيض عشرة والنفاس
يزيد عليه فزدنا عليه يوما وطهرها خمسة عشر يوما ثلث مرات والحيض ثلث مرات كما سبق تصدق فيه لصورة
اذا كانت مؤتمنة شرعا ووجه قول محمد ان اقل النفاس لا حد له واقل ما تصدق فيه المعتدة بانقضاء
العدة بالحيض تسعة وثلثون يوما عنده فزاد عليها خمسة عشر يوما للطهر بعد النفاس فصار المجموع اربعة
وخمسين يوما على ساعة النفاس قال ـــــ وتترك الحرة والامة في عدة الوفاة عن نكاح صحيح الطيب
والزينة والكحل والدهن الا لعذر المتوفى عنها زوجها يجب عليها الاحداد حرة كانت او امة لقوله صلى
الله عليه وسلم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة
اشهر وعشرا فنفي الحل وهو مستلزم لثبوت الحرمة لعدم الواسطة والحرمة اكثر النهي وكانه عليه السلام
قال لا تحد امراة على ميت الا على زوجها فانها تحد ولكن غيره عن الامر لما ارادوا التاكيد وقوله
عن نكاح صحيح تخرج النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد لا يتاسف على زواله لانه واجب الزوال
والحداد ويقال الاحداد هو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب ويدخل في الزينة
لبس المعصفر والمزعفر والحرير والخضاب والحلي لان هذه الاشيا دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح
فتجتنبها سدا لباب الذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح انه صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال
ونهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب والدهن لا يعرى عن نوع طيب وهو زينة للشعر ولهذا يمنع
المحرم منه وقد استثنى العذر لان في ذلك ضرورة وهذا اذا كان المراد الدواء دون الزينة وكان لبس
المعصفر للحاجة فتعتبر القصد وان كان الثوب المعصفر غسيلا فلا ينفض خانها لبسه لانه لم تبق له
رائحة وان لم يكن لها ثوب غيره فلا باس بلبسه لانه عذر وقد اجازوا الامتشاط بالاسنان
المنفرجة دون المضمومة ولو كانت معتادة للدهن فخافت بتركه وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا اباح لها

لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير عند الحاجة لا باس به قال ـــــ وتاتي به المبتوتة يجب
على المطلقة طلاقا بائنا الاحداد سواء كانت حرة او امة وقال الشافعي في اظهر قوليه لا يجب لانها حداد
وجب للتاسف على فوت زوج تعهدها الى مماته وههنا الزوج قد اوحشها بالابانة فلا يجب اظهار التاسف
ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة عن ان تختضب بالحناء وقال هو طيب ولانه لما حرم عليها
النكاح في العدة امرت بتجنب الزينة لئلا تتصف بصفة الملتمسات للازواج ولانها وجب اظهار التاسف على فوات
نعمة النكاح الذي هو سبب مؤنتها وكفاية مؤنتها من النفقة والسكنى وغير ذلك من المصالح الدينية والدنيوية نعم
المبتوتة ثم الابانة اقطع من الموت الا ترى ان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والامة مخاطبة
بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد
مقدم لحاجته قال ـــــ ولا يجب على ذمية ولا صغيرة لا احداد على الصغيرة ولا على الكافرة وقال
الشافعي عليهما الحداد لاطلاق ما روينا ولنا ان الحداد حق الشرع وهما ليسا من اهل الخطاب قال ـــــ
والاحداد على ام الولد لانها ما فاتها نعمة النكاح ليظهر التاسف لفوته والاباحة هي الاصل قال ـــــ
ولا تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى قوله ولكن
لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وعن ابن عباس التعريض اي اريد ان
اتزوج وعن سعيد بن جبير القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع قال ـــــ ولا تخرج المطلقة
الرجعية والمبتوتة اصلا المطلقة طلاقا رجعيا والمطلقة بائنا لا تخرج واحدة منهما في عدتها مطلقا ليلا
ولا نهارا لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل هي نفس الخروج
وقيل الزنا ويخرج لحد قال ـــــ وتخرج المتوفى عنها نهارا وبعض الليل وتبيت في منزلها والفرق بينها
وبين المبتوتة والرجعية ان هذه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج لطلب المعاش وقد يمتد ذلك الى الليل ولا
كذلك المطلقة فان النفقة دارة عليها فلا ضرورة لها الى الخروج حتى لو اختلعت على ان لا نفقة لها قيل تخرج
نهارا للمعاش وقيل لا تخرج وهو الاصح لانها هي التي اختارت اسقاط نفقتها فلا يؤثر في ابطال حق واجب
عليها كالمختلعة على ان لا سكنى لها لا يجوز لها الخروج والامة تخرج في عدة الابانة والوفاة في الوقتين جميعا لما
في المنع من ابطال حق المولى فلم يجز لتقدم حق العبد وان كان المولى بواها منزل الزوج لم تخرج ما دامت
على ذلك الا ان يخرجها المولى والكتابية والمكاتبة يخرجان الا اذا منعها الزوج لصيانة مائه والمجنونة
والمعتوهة كالذمية والصبية تخرج لانها لا تلزمها العبادات وفي العدة معنى العبادة من حيث انها حق
الشرع الا ترى انها لا تسقط باسقاط الزوج ولا تلزمها حق الزوج ايضا لانه لحفظ الولد ولا ولد ولا تخرج
في الطلاق الرجعي الا باذن الزوج لبقاء الزوجية قال ـــــ وتعتد في المنزل المضاف اليها سكنى حال
وجوبها ومن حال وجوب العدة وهو وقت الفرقة او الموت فانه وقت انعقاد سبب الوجوب لقوله تعالى

ولا يخرجن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها وجب عليها ان تعود الى منزلها وتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قال فان اخرجها الورثة من نصيبهم وضاق عنها نصيبها انتقلت لان هذا الانتقال بعذر وفي الاعتداد معنى العبادة والعبادة تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيه باجر لا تجده وعن علي رضي الله عنه انه نقل ابنته ام كلثوم بنت ... عمر رضي الله عنه حين قتل لانها كانت في دار الامارة **فروع** ولو ابانها والمنزل واحد يجعل بينهما سترة وكذلك لو رثته في الوفاة فان لم يجعلوا استقلت بحرزها عن الفتنة وان لم يجعل الزوج فلا باس لاعتزاله بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فتخرج لان ذلك عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان كان بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما فحسن وان كان الزوج غائبا فطلقها وطلب منها اهل المنزل الاجرة اعطتهم باذن القاضي ويصير دينا على الزوج قال ولو مات في السفر في مصر او ابانها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها مسيرة سفر فعليها ان تعتد في المصر ولا تخرج بمحرم حتى تفرغ واعلم انه ههنا مسائل الاولى اذا سافر الرجل بامراته ثم ابانها في الطريق او مات عنها في مصر او في مفازة وليس بينها وبين مقصدها ولا بينها وبين مصرها مسيرة سفر فلها الخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت الى مقصدها سواء كان معها محرم او لم يكن لانه ليس بانشاء للسفر فلا يحرم الخروج الا انها شاءت دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة لكن الرجوع الى مصرها اولى لتعتد في بيت الزوج الثانية اذا سافر بها فمات وكان بينها وبين احدهما مسيرة سفر دون الاخر فانها تختار ما ليس بسفر الثالثة ان يكون بينها وبين كل واحد منهما مسيرة سفر فلها الخيار اذا كانت في غير مصر سواء كان معها محرم او لم يكن لانها في غير ما من يخاف عليها الرابعة وهي مسالة الكتاب ان يكون الابانة او الموت في مصر في السفر وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها مسيرة سفر فعند ابي حنيفة تعتد في ذلك المصر ولا تخرج في العدة بمحرم ولا بغير محرم حتى تفرغ من العدة فتخرج منه بمحرم وقالا ان لها ان تخرج منه في العدة وبعدها بمحرم لان حرمة الخروج للسفر فالسفر لا بنفس الخروج فان الخروج الى ما دون السفر مباح بالاجماع وحرمة السفر تندفع بالمحرم وله ان نفس الخروج حرام على المعتدة بالنص الا انا لم نحل الخروج الى ما دون السفر ضرورة دفعا لاذى الغربة وخوفا عليها من الفتنة في الغربة فلم تظهر الحرمة فيه وفي مسافة السفر لا يمكن اعتبار ذلك لان الشرع اعتبره خروجا حيث علق به احكاما فظهرت الحرمة فيه ٥

فصل في ثبوت النسب

قال واقل مدة الحمل ستة اشهر واكثره سنتان لا اربعا ٥ اما ان اقل مدة الحمل ستة اشهر فلقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فالباقي ستة اشهر واما ان اكثره سنتان فلقول عائشة رضي الله عنها لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل وذلك مما لا يعرف بالراي والقياس فكان كالمسموع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وللشافعي قال واذا اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه او لستة لم يثبت ٥ اما الاول وهو ما اذا اتت به لاقل من ستة اشهر من حين الاقرار فلانا تيقنا بكذبها في اقرارها فصار كانها لم تقر واما الثاني فلانه لم يظهر كذبها فيحتمل ان يكون من حادث بعده فلا يثبت نسبه وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة قال واذا اتت به الرجعية لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضائها وكان مراجعا او لاقل ثبت ٥ اما الاول وهو ما اذا لم تقر المطلقة الرجعية بانقضاء عدتها ثم اتت بولد لسنتين او اكثر ثبت نسبه لاحتمال الوطء والعلوق في العدة لجواز كونها ممتدة الطهر وجعل مراجعا لان الظاهر ان العلوق وقع بعد الطلاق حملا لحالها على الاحسن وهو نفي الزنا عنها والوطء في العدة من طلاق رجعي رجعة واما الثاني وهو ما اذا اتت به لاقل من سنتين ثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة وبانت من زوجها لانقضاء عدتها بوضع الحمل ولا يجعل مراجعا لان العلوق يحتمل ان يكون قبل الطلاق وبعده فلا يصير مراجعا بالشك قال والمبتوتة لاقل منهما ثبت او لهما من حين الفرقة لم يثبت الا بادعائه ٥ اذا اتت المبتوتة بولد لاقل من سنتين ثبت نسبه لاحتمال قيام الحمل وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا لما فيه من احياء الولد وان جاءت به لتمام سنتين من حين الفرقة لم يثبت نسبه لحدوث الحمل بعد الطلاق يقينا فلا يكون منه لان وطء المبتوتة في عدتها حرام الا ان يدعيه لثبوت نسبه وجها وهو الوطء في العدة بشبهة وقد التزمه بدعواه فثبت قال وان كانت صغيرة فجاءت به لسنة الى سنتين او رجعية فالى سبعة وعشرين شهرا اثبتناه اذا اتت به لاقل من سبعة اشهر منها او متوفى عنها فالى سنتين واثبتناه ان اتت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام من المبتوتة اذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها اذا جاءت بولد ثبت نسبه ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من حين طلقها عند ابي حنيفة ومحمد وكذلك ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا وان كانت متوفى عنها زوجها فان نسب الولد ثبت اذا جاءت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام عندهما فان اتت لاكثر من ذلك في الفصول الثلاثة لا يثبت النسب وقال ابو يوسف في المبتوتة والمتوفى عنها يثبت اذا جاءت به الى سنتين كالبالغة وفي المطلقة طلاقا رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لاحتمال ان الزوج وطيها في اخر ايام العدة اذ الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء فيكون راجعا وتعلق هي بالولد ثبت نسبه الى سنتين من وقت العلوق ولهما انها صغيرة ولانقضاء عدة الصغيرة جهة معينة في الشرع فيدل سكوتها

الاقراء بانقضائها من الاعتراف به ولو اعترفت وهي مبتوتة او رجعية بعد مضي ثلثة
اشهر لا يثبت نسب ولدها الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعترفت فكذا هذا
وكذا لو اعترفت وهي متوفى عنها زوجها بعد اربعة اشهر وعشر بانقضاء عدتها لا يثبت الا اذا
اتت به لاقل من ستة اشهر من حين الاعتراف فكذا هذا لان انقضاء العدة المنفية شرعا لانقضاء
عدة الصغيرة في الدلالة على انقضائها فوق البالغة لانه لا يحتمل الخلف والاعتراف
يحتمله فكان السكوت ههنا كاعتراف البالغة بل اولى ومسئلة المتوفى عنها اذا كانت صغيرة
قد اوردها صاحب المنظومة في باب محمد وهي في الكتب المعتمد عليها كشرح الجامع الصغير والاوضح
وشرح الطحاوي وجامع قاضي خان وغيرها على ما اوردناه ههنا في المختصر وهو الاصح لان الصغيرة
اذا كانت كالبالغة المعترفة بانقضاء العدة عند محمد كما قاله ابو حنيفة في الفصل الاول والثاني
وجب ان يكون عنده في الفصل الثالث كذلك لعدم الفرق وكذلك عند ابي يوسف لما لم يكن
الصغيرة المراهقة كالبالغة والمعترفة بانقضاء عدتها في الفصل الاول والثاني وجب ان لا يكون
في الفصل الثالث عنده ايضا لعدم الفرق قال واذا لم تقر معتدة الوفاة بانقضائها
ثم جاءت به لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام اثبتناه اذا ولدت المرأة بعد وفاة زوجها ولدا
لاقل من سنتين ولم تقر بحبل ولا بانقضاء عدتها ثبت نسبه من الزوج وقال زفر ان اتت به
لاقل من عشرة ايام ثم من حين مات يثبت وان اتت به لتمام هذه المدة لم يثبت نسبه لان الحبل
لم يكن ظاهرا حكمنا بانقضاء عدتها باربعة اشهر وعشرة ايام بالنص وذلك اقوى من الاقرار
ولو كانت قد اقرت بانقضائها ثم اتت بالولد لتمام ستة اشهر من وقت الاقرار لم يثبت فكذا
ههنا ولنا ان انقضاء عدتها بالشهور مشروط بعدم الحبل ولا يوقف عليه الا من جهتها فاذا
لم تقر بانقضاء عدتها لا نحكم بانقضائها فلما اتت بالولد لمدة يمكن ان يتصور العلوق به قبل الموت ثبت
نسبه حملا لحالها على الاحسن كما لو اقرت ان بها حبلا قال واذا اتت به معتدة الوفاة
فثبوته بشهادة رجلين او رجل وامرأتين الا ان يكون حبل ظاهر او اعتراف واثبتاه بواحدة اذا
ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادته رجلان
او رجل وامرأتان الا ان يكون الحبل ظاهرا او الزوج معترفا به من قبل فيثبت من دون حاجة الشهادة
وقالا يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة لان الفراش قائم باعتبار قيام العدة
والفراش ملزم للنسب والحاجة ههنا الى تعيين الولد وهو يتعين بشهادة امرأة واحدة
كما في حال قيام النكاح وله انها لما اقرت بالوضع فقد انقضت عدتها والمنقضي ليس بحجة ملزمة
فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فلا بد من كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او اعترف

به لثبوت النسب قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها قال والطلاق المعلق بالولادة لا يقع
بشهادة واحدة بها وان اقر بالحبل يقع من غير شهادة ۞ هاتان مسئلتان الاولى من الزوائد
اذا قال رجل لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة واحدة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق وله انها ادعت
الحنث فلا بد من كمال الحجة وهذا لان شهادة النساء ضرورية في الولادة وما يثبت بالضرورة لا يتعدى
موضع الضرورة فلا تظهر في حق الطلاق لانفكاكه عنها ولا يقال انه من لوازمها باعتبار التعليق لانا نقول هو
منفك عن الولادة باعتبار الذات وغير منفك باعتبار الحال فاعتبار جانب الذات باهدار جانب الحال اولى
من العكس الثانية اذا كان الرجل قد اقر بالحبل في هذه المسئلة فانها تطلق من غير شهادة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا بد من شهادة القابلة لانها مدعية للحنث فلا بد من الشهادة على الولادة المستتبعة للطلاق
وله ان اعترافه بالحبل اقرار بما يؤول اليه وهو الولادة لاعترافه بامانتها فتقبل قولها في ذلك
قال واذا تزوجها فجاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت او لستة يثبت ان اعترف وان جحد
الولادة يثبت بواحدة اذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من يوم تزوجها لم يثبت
نسبه لان العلوق سابق على النكاح واذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اذا اعترف به
الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد
بها حتى لو نفاه الزوج لاعن به لان النسب انما يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس
من ضرورة القذف وجود الولد فانه يصح بدونه ولا يقال ان اللعان يجب بنفي نسب الولد ونفي الولد
موجب للعان بعد ثبوت النسب وثبوته بناء على شهادة القابلة فكان اللعان مستندا الى شهادتها
وهي في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء لانا نقول ان النسب يثبت بالفراش القائم
لا بشهادة القابلة وشهادتها اثرها في تعيين الولد لا في اثبات النسب فلم يكن اللعان مرتبا
على شهادة القابلة ۞

فصل في النفقة

قال وتجب للمرأة النفقة والكسوة والسكنى بتسليم نفسها في منزل زوجها على قدر حاله
ومثل حالهما ونفتي به ۞ الاصل في وجوبها قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
ثم قال لينفق ذو سعة من سعته وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا
عليهن من وجدكم وقراءته كروايته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله
عليه السلام لامرأة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف والامر بالاخذ يستلزم

الوجوب والسبب في الوجوب هو احتباسها عند الزوج اذا كان يمكنه الاستمتاع بها وطئا او
دواعيه والتحصين ماله بعد زوال النكاح والنفقة جزاء الاحتباس لان كل محبوس بحق مقصود لغيره فنفقته
عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلايل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة
ثم هي واجبة على قدر حال الزوج في اختيار الحسن لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه
فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وفي اختيار الخصاف وهو المذكور في القدوري
وذكر في الهداية انه المفتى عليه تعتبر بحالهما جميعا فان كانا موسرين كان لها نفقة الموسرين او معسرين
فنفقة المعسرين وان كانت موسرة وهو معسر فلها فوق نفقة المعسرات وان كان بالعكس فدون نفقة
الموسرات وان كان احدهما مفرطا في اليسار والاخر في الاعسار تقضى عليه بنفقة الوسط والتنبيه
على الفتوى من الزوايد والحجة قوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
فقوله لينفق ذو سعة من سعته اعتبار لحاله وقوله ما يكفيك اعتبار لحالها والنفقة فيه ان النفقة و
تقدر بالكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى لايجاب الزيادة والحكم انما يثبت
بقدر دليله ونحن نقول بموجب النص فانه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته قال
وتقدر بالكفاية هذه من الزوايد والكفاية ما تقدر من غير اسراف ولا تقتير والكفاية هي الواجبة
بالنص في قوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فان المعروف
هو الوسط المستفاد من قوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما
فعلى هذا لا تنوع الضرورة الى تقدير شي معين كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان
وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف مد والمد ربع الصاع وذلك لان ما وجب كفاية لا يتقدر
شرعا في نفسه بل يختلف ذلك باختلاف الاوقات والطباع والرخص والغلا والنظر في ذلك مفوض
الى راي الحاكم والوسط خبز البر والادام تقدر كفايتها وتفرض لها كل شهر وتسلم اليها لتعذر
القضاء كل يوم كما يتعذر في جميع المدة والشهر وسط وهو اقرب الاجال وتفرض لها الكسوة كل
ستة اشهر مرة لتجدد الحاجة اليها في كل حر وبرد وللزوج ان ينفق عليها بنفسه الا ان يظهر
عند القاضي انه لا ينفق عليها فيفرض لها في كل شهر كما بينا وتقدر النفقة بقدر الغلا والرخص ولا
تقدر بالدراهم والدنانير ولو صالحته من النفقة على ما لا يكفيها فطلبت التكميل كمله القاضي وان كان
الرجل صاحب مائدة لا يفرض عليه النفقة ويفرض الكسوة وكسوة الصيف قميص ومقنعة وملحفة وفي
الشتاء مع ذلك جبة وسراويل وعلى الموسر درع سابوري وخمار ابريسم وملحفة كتان وتزاد في الشتاء
جبة ولحافا وفراشا ان طلبته لان النوم على الارض قد يؤذيها وما تحتاج به دفعا للحر والبرد و
يختلف ذلك باختلاف الاحوال والبلدان والنساء قال ويقبل قوله في اعساره عنها

وتسمع بينتها لانه منكر والقول قول المنكر وهي مدعية والبينة على المدعي والمسئلتان من
الزوايد قال وتوجب نفقة خادمين على الموسر واكتفينا بواحد قال ابو يوسف تجب نفقة
خادمين على الموسر لقيام احدهما بمصالحها داخل المنزل وقيام الاخر بالمصالح خارج المنزل وقالا لا تفرض
لاكثر من خادم واحد لاندفاع الضرورة بواحد حتى لو تولت بنفسها كفايتها لم يلزمه نفقة خادم وقيل ان
كانت من بنات الاشراف فلها نفقة خادمين وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المعسر لا تجب عليه
نفقة الخادم اصلا وان لم يكن لها خادم لا تفرض لها نفقة خادم وكذا اذا كانت فقيرة وتخدم هي نفسها
فروع وكسوة الخادم قميص كرباس وازار في الصيف وفي الشتاء قميص وازار وجبة وكساء وخفان واذا
امتنع الخادم عن الخدمة سقطت نفقته لان الانفاق بمقابلتها بخلاف الزوجة لانه مقابل بالاحتباس
ولا تجبر المراة على الطبخ والخبز ان امتنعت لان الواجب هو الطعام قالوا وهذا اذا كانت لا تقدر عليه او كانت
شريفة وان كانت تقدر وتخدم بنفسها اجبرت عليه لانها متعنتة قال وان نشزت فلا نفقة حتى
تعود لان النفقة جزاء الاحتباس وقد فوتته فاذا عادت عاد الاحتباس فوجبت النفقة وهذا بخلاف
ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم وهو قادر على الوطء كرها قال ولا نفقة للصغيرة
اذا تزوج الكبير صغيرة لا يستمتع بمثلها فلا نفقة لها وان كانت في منزله لان امتناع الاستمتاع لمعنى قائم بها
والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يتوسل به الى مقصود مستحق بالنكاح وهو فائت بخلاف المريضة على ما ناتي
وعن الشافعي رحمه الله وجوب النفقة لها بناء على اصله من انها عوض عن الملك عنده كما في ملك اليمين
ولنا ان المهر هو العوض عن الملك فلو وجبت النفقة عوضا عنه لاجتمع العوضان عن معوض واحد
قال وتجب للكبيرة في مال الصغير لان التسليم قد تحقق منها على الكمال والعجز لمعنى قائم بالزوج فصار
كالمجبوب والعنين قال ولا نفقة للمتوفى عنها لانها محتبسة لحق الشرع لا لحق الزوج لان
التربص منها عبادة الا ترى ان معنى التعرف براءة الرحم غير مراعى حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب
نفقتها عليه ولان ملكه انقطع عنها والنفقة تجب صلة شيئا فشيئا فتستلزم قيام الملك فلا يمكن ايجابها
في ملك الورثة قال وتوجبها للمبانة في العدة كالرجعية اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا
فلها النفقة والسكنى في عدتها وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا
اما الرجعية فتجب لها في عدتها اجماعا لان النكاح قائم خصوصا على مذهبنا ان الطلاق الرجعي
لا يحرم الوطء وله في البائن ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول
الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولان النفقة مرتبة على الملك وقد فقدنا لانقطاعه بالبينونة الا ترى
انه لا تجب للمتوفى عنها زوجها لعدم الملك وانقطاعه بالموت واما اذا كانت حاملا فخالفنا
هذا الاصل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولنا

ان النفقة جزاء الاحتباس وهو موجود في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ وجها الصيانة
الولد ولهذا تجب لها السكنى اجماعا واعتبارا بالحامل وما رواه رده عمر رضي الله عنه فانه قال
لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امراة لا ندري اصدقت ام كذبت حفظت ام نسيت
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة
ورده زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة رضي الله عنهم قال واذا تزوج عبد حرة
باذن تعلقت النفقة برقبته   اذا تزوج العبد حرة باذن مولاه فنفقتها دين عليه يتعلق برقبته فيباع
فيها لانها دين وجب في ذمته لوجود سببه وظهور ذلك في حق المولى بسبب اذنه فتتعلق برقبته
كدين التجارة في المأذون له وللمولى ان يفديه لتعلق حق المراة بالنفقة لا بعين العبد فلو مات العبد او
قتل سقطت لكونها صلة قال او حر امة فان بواها مولاها منزله وجبت والا فلا   اذا تزوج الحر
امة غيره فان بواها مولاها منزل الزوج فعليه نفقتها لتحقق الاحتباس وان لم يبوئها معه منزلا فلا نفقة
لها لعدم الاحتباس والحكم ينتفي بانتفاء سببه والتبوية ان يخلي بينه وبينها في منزله ولا يستخدمها
فان استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة لفوت الاحتباس ولا يقال ان المولى اراد ذلك بحق
له فلما ذا لا يجعل كالحرة تحبس نفسها لصداقها فانا لا نقول الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالفوت
انما جاء من قبل الزوج حيث امتنع من ايفاء ما لزمه ليتوصل الى حقه واما هاهنا فالفوت ليس من جهة
الزوج بل من جهة المولى فافترقا قال ولو بواها بعد الطلاق منعنا الوجوب   المولى اذا بوا
الامة منزل الزوج لقضاء العدة ولم يكن بواها من قبل فلا نفقة لها وقال زفر لها نفقة العدة لانها
محبوسة بحقه فتجب النفقة كما لو كان بواها من قبل ومنعها فطلقها الزوج ثم بواها ولنا انها
لم تكن مستحقة للنفقة من قبل ولا حالة الطلاق فلا تصير مستحقة بعده لعدم انتفاع الزوج بهذا الاحتباس
كالناشزة اذا تركت النشوز بعد الطلاق ولم تزل ناشزة من قبله بخلاف ما استشهد به لان استحقاق
النفقة كان ثابتا وانما سقط بعارض فيثبت استحقاقها بعد الطلاق لقيام الموجب كما لو نشزت
للخروج من بيته فطلقها ثم عادت الى منزله لقضاء العدة قال وتسقط بكل فرقة جاءت منها بمعصية
كالردة ولو بعد الطلاق وتقبيل ابن الزوج في الملك   لانها صارت حابسة نفسها عنه بغير حق فاشبهت
الناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما لو جاءت الفرقة منها
بغير معصية كخيار العتق والبلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حابسة لنفسها بحق فلا تسقط النفقة
كما لو حبست نفسها لاستيفاء المهر وقوله ولو بعد الطلاق اشارة الى انه لو طلقها ثم ارتدت فانه
تسقط مهرها ولو مكنت ابن زوجها بعد الطلاق الثلاث لا تسقط والفرق ان الطلاق الثلاث
هو القاطع للنكاح ولا اثر للردة ولا للتمكين في ذلك الا ان المرتدة تحبس للتوبة فتسقط نفقتها

لانها محبوسة بحق الشرع ولا كذلك الممكنة لانها محبوسة في عدته لقضاء حقه فتجب النفقة
وفي تقييده بالملك فايدة اخرى وهو تعريف الحكم في الطلاق الرجعي فانها لو ارتدت وهي مطلقة طلاقا
رجعيا سقطت نفقتها لان الملك قايم والفرقة جاءت بمعصية من قبلها بالتمكين فتسقط وهذا فايدة زايدة
قال وحبسها في دين اذا حبست المراة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس الموجب للنفقة
ما صادر منها وهو المماطلة في ايفاء ما عليها من الدين ولو كانت عاجزة فلم يكن الاحتباس منها ولكنه ليس منه
ايضا فجعل الاحتباس باقيا تقديرا قال وباخذ غاصب كرها   اذا غصبها غاصب فذهب بها كرها
سقطت نفقتها وعن ابي يوسف انه لا تسقط والفتوى على السقوط لان فوت الاحتباس وان لم يكن
منها لكنه ليس مضافا اليه فلم يمكن جعله باقيا حكما قال وحجها بغير الزوج مسقط بخلافه   اذا
حجت مع محرم ولم يكن معها زوجها فلا نفقة لها وقال ابو يوسف لها نفقة الحضر دون السفر لانها
مشغولة باداء الفرض فلا تكون ناشزة لان اقامة الفرض عذر وقيده في المنظومة بكونها مدخولا بها وطرحت
هذا القيد في المختصر اعتمادا على ما ذكر صاحب الهداية فانه نقل عن ابي يوسف وجوب النفقة من غير تقييد
بالدخول وهو الاشبه لانها كما لا تكون ناشزة باداء الفرض بعد الدخول لا تكون ناشزة به قبل الدخول
فلم يكن لقيد الدخول اثر في ايجاب النفقة ولابي حنيفة انها فوتت الاحتباس عليه بمعنى راجع اليها فتسقط
نفقتها ولو حجت مع زوجها لم تسقط نفقتها بالاجماع لبقاء الاحتباس الموجب لنفقة الحضر ولا تجب عليه
الكرا لانها هي المستحقة عليها دونه والتنبيه على الحكم في الزوج من الزوايد قال ولو مرضت في منزله
لم تسقط   والقياس يقتضي ان لا يكون لها نفقة اذا كان المرض مانعا من الجماع لفوات الاحتباس
لغرض الاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس المفضي الى بعض المقاصد من الاستيناس بها وحفظ
المنزل ونحو ذلك باق والمانع من الاستمتاع عارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف ان المرض اذا لحقت تسليمها
نفسها لا تسقط النفقة وان كان المرض سابقا على التسليم فلا نفقة لها لان التسليم في الاول صادر
موجب النفقة فلا تسقط بعارض المرض وفي الثاني لم يصح التسليم قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب
دلالة عليه بقوله وان مرضت في منزله ولما كان الاحتباس المفضي الى بعض المقاصد قاصرا اعتبر في
ابقاء الاستحقاق بعد ما ثبت دون ابتداء الاستحقاق به عملا باستصحاب الحال قال واذا
قضي بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر   لان النفقة تختلف باختلاف
الاحوال من اليسار والاعسار وما كان قضي به تقدير لنفقة لم يكن واجبا بعد فلم يستحكم القضاء
فامكن التغيير وهذا لان النفقة تجب شيئا فشيئا فيعتبر حاله في كل وقت فاذا تبدل حاله كان لها
المطالبة بتمام حقها والمسالة الثانية من الزوايد قال ويسقطها عن الماضي الا لفرض او صلح   اذا
مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته فليس عليه شيء الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحا
لحا

على مقدار معلوم فيلزمه القاضي بما اصطلحا عليه وقال الشافعي رحمه الله يلزمه النفقة عن ما مضى
من المدة مطلقا لان النفقة بمنزلة الاجرة عن احتباسه اياها حتى لم يجب للناشزة ولا للامة التي لم يبوئها
مولاها بيت الزوج فيصير قسط كل مدة كانت محبوسة عنده دينا في ذمته فيجب كالمهر ولنا ان
النفقة صلة وليست بعوض فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء وهذا لان ما يجب عوضا عن البضع
يجب جملة لان ما يقابله من ملك الزوج يحصل جملة وقد وجب المهر عوضا والعقد الواحد لا يجب عوضين
عن شي واحد ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع لان الاستمتاع تصرف في ملكه والتصرف في الملك
لا يوجب العوض وثبت ان الوجوب يضاف الى الاحتباس صلة ورزقا لا عوضا لان الله تعالى سماه رزقا
بقوله وعلى المولود له رزقهن والرزق اسم لما يذكر صلة والصلات انما يملك بالتسليم حقيقة كالهبة لا
يوجب الملك بدون القبض او قضاء القاضي والصلح بمنزلته من حيث ان ولاية الانسان على نفسه اقوى من
ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض قال وبموت احدهما تبطل الا قضاء بمدة اذا قضى القاضي على الزوج
بنفقة ثم مات ومضت شهور او ماتت هي او بعد ما اصطلحا على شي معين ثم مات احدهما قبل القبض
سقطت النفقة وقال الشافعي لا تسقط لانها عوض وقد صارت دينا بالقضاء فلا تسقط
كسائر الديون وهذا الخلاف فرع على السابق واثباته من الزوائد ولنا انها وجبت صلة
والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض ولا يقال قد حصل التاكد بالقضاء فوجب
ان لا تسقط بالموت كما لا تسقط بمضي المدة بعد القضاء لانا نقول اصل التاكد بالقضاء وتمامه بالقبض
لانه هو المقصود فحكمنا بالبقاء بعد القضاء حالة الحياة عملا باصل التاكد وبالسقوط بعد الموت لعدم
تمام التاكد بالقبض عملا بالدليلين قال ولو عجل نفقة سنة ثم مات اجاز الاسترجاع بحسابه
اذا عجل لها نفقة سنة ثم مات قال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى الى وقت الموت والباقي
يسترجع الورثة منها وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت العوض
عما يستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل ذلك الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره وقال ابو حنيفة
وابو يوسف لا يسترجع منها شي لانها وجبت صلة وقد اتصل بها القبض والصلات لا يرجع
فيها بعد الموت لانتهاء حكمها بالموت اذ المقصود من الصلة التواصل حالة الحياة وهو ينتهي
بالموت وبتمامه صار كالهبة بعد القبض ولهذا قال النفقة لو هلكت من دون استهلاك لا يسترد
منها شي بالاجماع ويفرق بان العوض اذا صار مستحق الرد لا يتفاوت الحال فيه بين الهلاك والاستهلاك
الا ترى ان المبيع اذا هلك في يد المشتري او استهلكه ثم ظهر له مستحق فانه يجب عليه رد القيمة مطلقا
وفي مسئلتنا لا يجب الرد في الهلاك فعلم انه صلة لا عوض قال واذا اتت المبانة بولد لاكثر
من سنتين ولم تقر بانقضاء عدتها وقد استوفت النفقة يعني يحكم الرد من ستة اشهر

اذا ولدت المبتوتة ولدا لاكثر من سنتين ولم تكن اقرت بانقضاء العدة واستوفت
النفقة عن العدة في هذه فانها ترد عليه نفقة ستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف رحمهم الله لا ترد عليه شيئا لانها في الظاهر معتدة ولم تقر بانقضائها ويحتمل
انها حبلت من زنا فلا تبطل نفقتها فلا ترد شيئا ويحتمل انها تزوجت بزوج اخر بعد ذلك بمنزلة اعترافها
بالانقضاء قبل الزوج فترد نفقة ستة اشهر فوقع الشك في وجوب الرد فلا ترد بالشك ولهما
ان الظاهر عدم الزنا حملا لحالها على الاحسن فيكون الحمل حادثا عن زوج واقل مدة يمكن حصول
الولد فيها ستة اشهر فيكون لاعترافها بانقضاء العدة بائنا فيثبت الزوج ظاهرا فوجب القضاء
به واما الحمل من الزنا فهو موهوم لانه مرجوح فلا يعارض الظاهر قال ولا نفرق
بالاعسار بل تؤمر بالاستدانة لتحيل عليه اذا اعسر بنفقة امراته الفقيرة او بعينه
فانه لا يفرق بينهما وقال الشافعي لها طلب الفرقة بذلك لانه عجز عن امساكها بالمعروف
فينوب القاضي عنه في التسريح بالاحسان كما في المجبوب والعنين مع ان الحاجة ههنا الى النفقة
اقوى ولنا ان الفرق يبطل حقه وابقاء النكاح يؤخر حقها الى زمان اليسار والتاخير اهون
من الابطال وهذا لان القاضي اذا فرض النفقة صارت دينا عليه تستوفى في ثاني الزمان بخلاف المجبوب
والعنين لان المقصود الاصلي في النكاح وهو التوالد فائت والمال ليس بمقصود اصلي وانما هو تابع فلا
يلحق به لفوته وفائدة الامر بالاستدانة تمكنها من الاحالة به على الزوج والرجوع به في التركة
لو مات ولو استدانت من غير امر القاضي لا يكون لها ذلك ولا يمكنها الاحالة عليه ولا الرجوع
به في تركته لعدم ولايتها عليه ومعنى الاستدانة ان تشتري بالدين قال واذا كان للغائب
مال مودع او مضاربة او دين وعلم القاضي به وبالنكاح او اعترف بهما من هو في يده فرض فيه
نفقة زوجته واولاده الصغار ووالديه اذا كان من جنس حقهم ويحلفها ويأخذ منها كفيلا بها
اذا غاب الرجل وله مال حاضر في منزله او بيد رجل على وجه الوديعة او المضاربة او الدين هو يعترف
بالمال والزوجية او يعلم القاضي بهما فانه يفرض لها فيه نفقتها ونفقة اولاده الصغار ووالديه
لانه لما اعترف بالمال وبالزوجية فقد اقر بثبوت حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج
حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه خصوصا ههنا فان ذا اليد
لو انكر الزوجية او المال واقامت المراة البينة على احدهما لم تسمع لان المودع لا يكون خصما
في اثبات الزوجية وكذلك المراة لا تكون خصما في اثبات حقوق الغائب فاذا ثبت في حق نفسه
فقضى القاضي عليه باعترافه انه يقع القضاء عليه اولا ثم يتعدى الى الغائب وعلم القاضي حجة يجوز
له القضاء به في محله ولانه على ما عرف وانما عين هؤلاء لان نفقتهم واجبة قبل القضاء

ولهذا كان لهم الاخذ فكان القضا اعانة لهم وبعضه غيرهم من المحارم لا يجب لانها القضاء لانه مجتهد فيه والقضا على الغايب لا يجوز وهذا اذا كان المال من جنس حقهم دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف الجنس لا يفرض فيه النفقة لعدم امكان صرفه الى الحق الا بواسطة البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فانه لا يباع على الحاضر بل يحبس حتى يبيع هو ماله ويقضي دينه لانه لا يرى الحجر والغايب بطريق الاولى واما عندهما فانه وان كان يقضي على الحاضر لانهما يريان الحجر والبيع عليه بغير اختياره لانه يعرف امتناعه عن البيع حال الحضور فلا يقضي على الغايب لانه لا يعرف امتناعه ويحلفها انها ما اخذت النفقة وياخذ منها كفيلا نظرا للغايب واحتياطا له لاحتمال حضوره واقامة البينة على الطلاق وقد انقضت عدتها او على انه اسلفها والفرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثته حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا اخر حيث لا يوخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة ان المكفول له هناك مجهول وههنا معلوم وهو الزوج والبينة على المضاربة والدين وعلم القاضي والتحليف وكون المال من جنس حقهم من الزوايد قال وان لم يكن له مال فاقامت البينة على الزوجية ليفرض لها رددنا ها ونختار القبول اذا لم يكن للغايب مال فارادت زوجته اقامة البينة على الزوجية ليفرض لها القاضي النفقة ويامرها بالاستدانة عليه ردت البينة لانها تستلزم الحكم على الغايب وانه لا يجوز وقال زفر تسمع ويومر بالاستدانة عليه لان في ذلك نظرا لها ولا ضرر منه على الغايب لانه اذا حضر وصدقها فقد اخذت وان جحد حلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت ضمن هو او الكفيل قال صاحب الهداية وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه فينفذ واستحسن اكثر المشايخ ذلك فيفتى به واختيارنا القول من الزوايد قال ولو كفل عنه بالاتفاق كل شهر يلزمه به ما دام النكاح والزماه بشهر رجل يكفل عن الزوج بنفقة امراته كل شهر قال ابو يوسف يلزمه النفقة ما دام النكاح بينهما وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يوخذ الكفيل الا بنفقة شهر واحد لانه الزم الانفاق كل شهر فيوخذ بما التزم كما لو قال تكفلت عنه ابدا ما عشت ولهما ان المكفول به مجهول جهالة لا يمكن استدراكها لجهالة مدة بقا النكاح بينهما فلا يجوز كما لو قال ما غصبك احد من الناس فانا ضامنه الا ان ما دون الشهر في حكم الحال والشهر ادنى الاجال في المختار للفتوى حتى لا يصح السلم فيما دونه في الصحيح والظاهر امتداد النكاح شهرا فصحت الكفالة به وحمل كلامه عليه صونا له عن الالغا بخلاف ما استشهد به لانه كفل بالمعلوم وهو النفقة المقدرة بعمرها فصح لقوله ما غصبك فلان فعلي قال وطلبها كفيلا لعنته لغو ويامره بنفقة شهر وقيل هو المختار اذا قالت امراة للقاضي ان زوجي يريد ان يغيب فخذ لي منه كفيلا بنفقتي

لا يجيبها القاضي الى ذلك لانها لم يجب عليه بعد فكيف تطالب الكفيل بما لم يجب عليه وقال ابو يوسف وهو استحسان يجيبها وياخذ منه لها كفيلا بنفقة شهر لانه نوع احتياط وفيه مراعاة حقها فيفعله القاضي لانه نصب ناظرا للمسلمين وقيل ان قوله هذا هو المختار للفتوى وذكر بعض المشايخ ان الاختيار ان يفتى في نفقة شهر لا يوما لان ما دون الشهر يلحق بالنفقة الواجبة للحال لان المتفق عليه ان الشهر ادنى الاجال في السلم ولذلك لم يصح بما دونه لكونه في معنى الحال فيكون مطالبتها بما دونه بيوم كالمطالبة بالنفقة الحالية وهذا احسن والتنبيه على الفتوى من الزوايد قال ونسكنها في دار مفردة لا يشاركها احد من اهلها الا باختيارها ه اما وجوب السكنى فلانها من الحوايج الاصلية وهي من الكفاية كالنفقة وقد ورد به الامر فيجب ويكون بين قوم صالحين يعينونها على مصالح دينها وبمعونته من طلبها او قصده ولا يشاركها في المسكن احد من اهله لانه تتضرر لا تومن منه على متاعها ولا تخلو معه لاستمتاعها فان اختارت ذلك فقد رضيت باسقاط حقها وان كان في الدار بيوت واتت ان تسكن مع ضرتها او احد من اهله يجعل لها بيتا بمرافق وغلق على حدة فليس لها ان تطلب بيتا اخر وان لم يكن الا بيت واحد فلها ذلك قال ويجوز منع اهلها من الدخول عليها لا من النظر والكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ودخولهما اليها كل جمعة وغيرهما كل سنة اما منعهم من الدخول فلان المنزل ملكه فله منع من شاء من دخوله واما عدم المنع من النظر والكلام فلاستمال المنع من ذلك على قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من نفس الدخول بل من القرار والدوام لخوف الفتنة من اللبث عندها وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة والتقييد في غيرهما من المحارم بسنة وهذا التفصيل هو المختار وهو من الزوايد قال ويجب على الاب وحده لولده الصغير الفقير مع مخالفة الدين كالزوجة ه لا اطلاق قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب لدلالة اللام على الاختصاص واذا كان مختصا به يجب نفقته عليه كالعبد المختص بسيده ويجب عليه وان خالفه ولده في دينه كما يجب للزوجة وان خالفته في دينه اما الولد فلما تلونا ولانه جزءه فينزل منزلة نفسه واما الزوجة فلان سبب وجوب النفقة العقد الصحيح لانه بازاء الاحتباس الثابت بواسطته وقد صح العقد بين المسلم والذمية وترتب عليه الاحتباس وانما يجب النفقة على الاب حيث يجب اذا كان الولد لا مال له فان كان له مال فالاصل ان يكون نفقة كل انسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا قال ولم يوجبوا على الام ارضاعه وان لم يكن شريفة وقال مالك رحمه الله تجبر الام اذا لم تكن شريفة على

الارضاع لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي لا تضربه وفي امتناعها من ارضاعه اضرار به
فوجب ان تجبر دفعا للضرر عنه بخلاف الشريفة لان تضررها بالارضاع ولجبر عليه فوق
تضرره من دونها ولنا ان امتناعها منه مع دنو الشفقة عليه الباعثة لها من الارضاع
امارة على تضررها به فلا تجبر عليه لقوله تعالى ولا مولود له بولده اي بسبب ولده فلما امتنع
ما فيه تضرر الاب بسبب الولد مع ان مؤونته عليه كان اولى ان يمتنع ما فيه ضرر الام بسببه ولان ت
اجرة الارضاع على الاب وهو من نفقته ونفقته على ابيه قال الا ان تتعين بان لا يكن للطفل
لا ياخذ من لبن غيرها او انه لا يوجد مرضعة غيرها فتجبر عليه حينئذ صيانة له عن الهلاك وهذا
الاستثنا من الزوايد قال ويستاجر من ترضعه عندها اما الاستيجار فلان الاجر
عليه ومعنى قوله عندها اي اذا ارادت ذلك لان الحضانة لها قال ولا تجبر استيجار زوجته
او معتدته لارضاع ولده منها فاذا انقضت جاز قال وتقدم على الاجنبية الا ان تطلب
زيادة اجرة الام اذا انقضت عدتها ورضيت بمثل اجرة الاجنبية فهي احق من الاجنبية لانها اشفق وهو
انظر للصغير الا ان تطلب زيادة على اجر الاجنبية لما فيه من ضرر الاب وقيل في قوله تعالى لا تضار والدة
بولدها هو ان ترضى باجرة المثل فلا تدفع اليها ولا مولود له بولده ان يوخذ منه اكثر من اجر المثل
قال وتجب على الولد وحده لاصوله الفقراء مع مخالفة الدين النفقة وتجب على
الاولاد الذكور والاناث للآباء والاجداد اذا كانوا فقراء وان خالفوهم في دينهم اما الوالدان
فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يتقلب
في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا ولقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وقوله ان اطيب ما اكل الرجل
من كسبه فكلوا من كسب اولادكم فاذا اضيف مال الولد الى الاب بانه كسبه كان الاب غنيا به
فتجب نفقته فيه وتجب على الذكور والاناث على السوية في رواية وهو الحسن لاستوائهما في العلة والخطاب
وقيل على قدر الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وانما شرط فقرهم لان ايجاب نفقة الغني
في ماله اولى واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب
عند عدمه ولانهم اسباب وجوده فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين ولا تجب النفقة مع
مخالفة الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة
فلما تقدم من انها محبوسة بحكم العقد الجاري بين المسلم والذمية واما غيرها فلثبوت
الجزئية وجزء المرء في معنى نفسه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا
مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين
قاتلوكم في الدين الاية بخلاف غيرهم من ذوي الارحام لان الارث منقطع فيما بينهم واعتباره

واجب بالنص وقوله وحده اي لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان للاب في مال الولد
تاويلا لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك او باشارة قوله وعلى المولود له لان اللام دليل الاختصاص
الولد به والمال المختص بالولد والمختص بالمختص مختص ولا تاويل للوالدين في مال غير الولد وانه اقرب
الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه قال وبخلاف بيع عروضه وهو غايب
فيها ويمنع من عقاره اذا باع ابوه متاعه في نفقته فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز
له بيع عقاره وقولهما هو القياس لانه لا ولاية له عن ولده لانها منقطعة بالبلوغ وهذا لا يملك بيع متاعه
حال حضرته ولا في دين اخر سوى النفقة وكذا لا تملكه الام في النفقة ولابي حنيفة ان الاب
يملك حفظ مال ولده الغايب الا ترى ان الوصي يملكه فالاب اولى لوفور شفقته وبيع العروض
حفظ لها ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها فلم يكن بيعها حفظا لها وبخلاف غير الاب
من الاقارب لعدم ولاية التصرف لهم حالة الصغر اصلا وعدم ولاية الحفظ حالة الكبر واذا جاز
بيع الاب كان الثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفا منه كما لو باع العقار او المنقول على الصغير
فانه يجوز لكمال الولاية له ان ياخذ نفقته لانه من جنس حقه قال فان كان ماله في يد ابويه
لم يضمنا ما انفقاه لانهما قد استوفيا ما هو حقهما فان نفقتهما واجبة قبل القضاء كما مر
وقد اخذا جنس حقهما فلم يضمنا قال او في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن الحاكم ضمن
اذا كان لان الغايب مال في يد اجنبي فانفق على ابويه منه بغير اذن الحاكم ضمن المال لانه صرف
في مال الغايب تصرفا غير مستند الى ولاية ولا نيابة لان نيابته مخصوصة بالحفظ بخلاف ما اذا
كان الانفاق بامر القاضي لان امره ملزم باعتبار عموم ولايته واذا حكم بضمانه فلا رجوع له على
القابض لان المودع ملكه بالضمان لانه لم يجز له الدفع فاذا دفعه ضمن واذا ضمن صار مالكا له
وقد تبرع به ولا رجوع للمتبرع قال واذا مضت مدة بعد القضا لهم ولذوي الارحام
بها سقطت لان نفقة هؤلاء وجبت كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت
الكفاية بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة بعد القضا لوجوبها مع يسارها فلا تسقط
لحصول الاستغنا فيما مضى قال الا ان يوذن لهم في الاستدانة لان القاضي له الولاية ـبه
العامة فصار اذنه في الاستدانة بمنزلة امر الغايب فيصير دينا في ذمته فلم يسقط بمضي المدة
قال وتجب لكل ذي رحم محرم مسلم فقير مع صغر او انوثة او زمانة او عمى
على قدر الميراث النفقة واجبة على مقدار الميراث لكل ذي رحم محرم سوى الوالدين
والولد كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات اذا كان صغيرا
فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او كان اعمى فقيرا وقال الشافعي

رحمه الله لا تجب النفقة الا بالقرابة والولادة لانه لا نصيبة لمن هؤلاء فلا تجب نفقة بعضهم على بعض
كنفقة بني الاعمام ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقد قراها ابن مسعود وعلى الوارث ذي
الرحم المحرم مثل ذلك ولان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفرق بالمحرمية
فان المحرمية بسبب القرابة امارة ظاهرة على انها موجبة للصلة اذ المحرمية شرعت صيانة
للقرابة عن القطيعة ثم لا بد من الحاجة والفقر ووصف الصغر والانوثة والزمن والعمى امارة
على تحقق العجز مع الفقر فان القادر على الاكتساب غني بكسبه وكذلك اذا كان عاجزا عن
الكسب لكونه من طلبة العلم او من ارباب البيوت او لحرفته فان العجز عن الكسب شامل لهؤلاء معنى
فشرط وجوب النفقة على الكبير العجز اما حقيقة واما معنى يمنع منه بخلاف الابوين لانهما يلحقهما
تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب مع قدرتهما على الاكتساب وانما تجب
هذه النفقة على قدر الميراث لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالنفقة
بالغنم بالميراث فكان بازائه ويجبر على ذلك ايضا لانه حق الى مستحقه والمعتبر اهلية الارث دون احرازه
فان المعسر اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله لانه هو ذو الرحم والميراث لابن العم
وانما قيد بالاسلام لان نفقة هؤلاء لا تجب مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد
من اعتباره قال وتنفق على الابن الزمن وبنته البالغة الفقيرة الثلثان والام الثلث
تجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث
لان ميراثهما على هذا المقدار وهذا المذكور رواية الخصاف والحسن بن زياد وفي ظاهر
الرواية ان النفقة كلها على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير
ووجه الفرق على رواية الخصاف ان للاب في الصغير ولاية ومؤنة فكان في معنى نفسه
حتى وجبت عليه صدقة فطره فلم يشاركه في نفقته احد واما الكبير فلا ولاية له عليه
فلم يكن في معنى نفسه فيشاركه الام وفي غير الولد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير
على الام والجد اثلاثا رواية واحدة **فروع** نفقة الاب على زوجة ابنه اذا كان
صغيرا فقيرا او كبيرا زمنا لان ذلك من كفاية الصغير وقال في المبسوط ان الاب لا يجبر
على نفقة زوجة الابن وتجب على الابن نفقة خادم الاب اذا احتاج اليه لان خدمة الاب
مستحقة على الابن هكذا نفقة من يخدمه ولا كذلك زوجة الابن والمعتبر في نفقة قرابة
الولاد الاقرب فالاقرب لان الله تعالى اوجب النفقة على المولود له وانه يتبق من الولادة وهي
الجزئية والبعضية باعتبار التولد واما في نفقة ذي الرحم المحرم فكونه اهلا للارث
كما تقدم ووجوبها بقدر الميراث عند الاجماع لان وجوبها باستحقاق الوراثة بالعقل فكان

له ابن وبنت فنفقته عليهما نصفان او بنت واخ فعلى بنته لانها اقرب او بنت وابن ابن فنفقته على البنت
لانها اقرب او بنت بنت وابن بنت واخ فنفقته على اولاده دون اخيه او اخ واخت لاب وام فالنفقة عليهما
بقدر ميراثهما او اخت وعم فعليهما نصفان وام وجد فعليهما اثلاثا وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان كلها على الجد وام وجد واخ فالثلث على الام والثلثان على الجد وعندهما الباقي على الاخ والجد
نصفان وعم وخال فالنفقة على العم او خال وابن عم فالنفقة على الخال والميراث لابن العم وفي العهدة
لمان قال ولا تجب على الفقير ويشترط لليسار ملك نصاب تحرم الصدقة وتقدير
بالفاضل عن نفسه وعياله شهرا او من كسبه كل يوم لا تجب نفقة الاقارب على الفقير لانها انما
تجب عليه صلة لرحمه وهو يستحقها على غيره فلا يستحقها عليه غيره بخلاف نفقة الزوجة والولد
الصغير حيث تجب مع الفقر اما الزوجة فلالتزامه النفقة بالاقدام على العقد الذي يترتب عليه
الاحتباس ومصالح الزوجية لا تنتظم بدونها ولا يقبل في مثلها الاعسار واما الولد فلقيامه
مقام نفسه لمكان الجزئية ثم اليسار عند ابي يوسف مقدر بالنصاب لانه اذا لم يكن مالكا مقدار
النصاب يكون اهلا للتصدق عليه فلا يكون موسرا فلا يؤاخذ بنفقة القريب المعسر وقال محمد
هو مقدر بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا في رواية عنه وهي من الزوائد لانه يعد بذلك
موسرا وفي رواية اخرى يقدر بما يفضل عن نفسه وعياله من كسبه الدائم كل يوم بان يكسب درهما
ويكفيه ثلثاه يجب صرف الثلث الى قريبه المعسر لانه بذلك قادر على كفايته اعتبارا بالوالدين
وذوي الدين قال صاحب الهداية والفتوى على الاول يعني قول ابي يوسف والنصاب هو النصاب
الذي يتعلق به حرمان الصدقة يعني مقدار النصاب الفاضل عن الحوائج الاصلية وهو عين نام مثل ثياب
البذلة الفاضلة وغيرها ونصاب وجوب الزكاة هو الذي يشترط فيه النماء حقيقة او حكما على ما مر
في الزكاة وهذا النصاب يتعلق به امور اربعة حرمان الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر
ونفقة الاقارب والتنبيه على هذا القيد والفتوى من الزوائد **فروع** اذا كان له مسكن وخادم
وهو محتاج تحل له الصدقة وتجب نفقته على اقاربه فان كان في مسكنه فضل يكفيه بعضه امر ببيع البعض
والانفاق على نفسه وكذا اذا كانت له دابة نفيسة يؤمر ببيعها وشراء ما هو ادنى منها والانفاق الفضل
وان كان ذو الرحم المحرم يأكل من الناس سقط نفقته وان كانوا يعطونه نصف كفايته سقط عن القريب
نصف نفقته وقال ابو يوسف اذا كان الابن فقيرا مكتسبا والاب زمن شاركه في القوت
المعروف وان لم يكن مكتسبا لزمانة او كان مقعدا تكفف الناس ونفقتهما في بيت المال واذا
كان الاب معسرا والام موسرة يؤمر الام بالانفاق على الولد ثم ترجع على الاب اذا ايسر وكذلك
اذا كان للاب اخ موسر امر بالانفاق وله الرجوع على الاب عند اليسار ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع

لان ذلك من المعروف واذا كان للفقراء وان غنيان فالنفقة على الابن لا يشبهه في مال ولده اكثر قال عليه السلام انت ومالك لابيك قال وينفق المولى على عبده وامته لقوله صلى الله عليه في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله قال فان امتنع وله كسب انفقا منه والا اجبر على بيعهما اذا امتنع المولى عن الانفاق على عبده وامته فان كان لهما كسب اكتسبا وانفقا من كسبهما على انفسهما لان في ذلك نظرا لهما ببقائهما ونظرا للمولى ببقاء ملكه فيهما وان لم يكن لهما كسب بان كان العبد زمنا او كانت الجارية لا تواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفا حقهما وابقا حق المولى بالخلف عنهما وهذا بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا ونفقة المولى لا تصير دينا في ذمة المولى فكان ابطالا وبخلاف غير المماليك من الحيوان لعدم اهلية الاستحقاق باعتبار عدم الذمة والذمة هي المعنى الشرعي الذي به يصير اهلا لوجوب الحقوق له وعليه وسمي ذمة لانه من العهد بعهد الله عز وجل السابق الى نوع الانسان هو السبب في ثبوت هذا المعنى الشرعي فيكون من باب اطلاق اسم السبب على المسبب فاذا لم يكن من اهل الاستحقاق لا يجبر على نفقتها لكنه يجبر على ذلك فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفي ترك الانفاق عليه تعذيب به ونهى عن اضاعة المال وفيه تضييعه ولا يقضي بالجبارة لما بينا ۝

فصل في الحضانة

قال وتقدم الام على الاب في الحضانة ان طلبت الحضانة ماخوذة من الحضن وهو ما دون الابط الى الكشح وحضنت الشي جانبه وحضن الطاير بيضه حضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه فكان المربي للولد يتخذه في حضنه والى جنبه ولما كان الصغير عاجزا عن النظر من مصالح نفسه اقتضت عناية الشارع ان وكل ذلك الى من يقوم به ففوض الولاية في الاموال والعقود الى الرجال لانهم اقوم بذلك واعرف به واقدر عليه وفوض التربية الى النسا لانهن اشفق عليه واحنى واقدر على التربية واقوى ولهذا قدمت الام على الاب والاصل فيه ما روي ان امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم ابوه انه ينتزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي وعن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله عنهما طلق زوجته ام ابنه عاصم فسنا دعا الى ابي بكر رضي الله عنه فقال ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر بحضر من الصحابة ولان الام اليها انظر له فكانت اولى ومعنى قوله ان طلبت انها لا تجبر على الحضانة وكذا كل من لها حق فيه لجواز عجزها عن ذلك بخلاف الاب حيث يجبر بعد استغنا الولد عن حضانة الام على اخذه لان الصيانة واجبة عليه وهذا القيد من الزوايد قال ثم امها ثم

ام الاب والاصل في ذلك ان هذه الولاية مستفادة من جهة الامهات فكانت جهة الام مقدمة على جهة الاب قال وقدمناها على الخالة الضمير عايد الى الاقرب فام الاب مقدمة على الخالة وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة الخالة مقدمة لقوله عليه السلم الخالة ام ولان الخالة من قوم ام الصغير وام الاب من قوم الاب ولنا انها جدة والجدة ام لانها اصل باعتبار تولده منها بواسطة ابيه والخالة اخت الام وغير الام لا يزاحم الام وما رواه لا يدل على تقديمها عليها انما يدل على ان هذا الوصف لها باعتبار الشفقة فنقول بموجبه اذا لم يكن من هو اولى منها قال ثم الاخت لابوين ثم لام ثم لاب تقديما للاشفق ثم تقدم بنت الام على قرابة الاب لما بينا قال ثم الخالات ثم العمات وينزلن كذلك وانما تقدم الخالة لان قرابتها من جهة الام والعمة من جهة الاب وتقدم من كانت لاب وام لانها تدلي بجهتين ثم الخالة من الام ثم من الاب ترجيحا لقرابة الام ولا حق لمن لها رحم غير محرم كبنات الاعمام والعمات وبنات الاخوال والخالات قال ويسقط حق الحاضنة اذا تزوجت باجنبي ويعود بالطلاق لقوله عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي وفي حديث ابي بكر رضي الله عنه امه احق به ما لم تتزوج ولان الصبي يلحقه الجفا من زوج امه فيسقط حقها بالمزوج لانها قد رضيت لمكان نفقتها نظرا له فان طلقها الاجنبي عاد حقها لارتفاع المانع وهذه من الزوايد والقول قول المراة في نفي الزوج لانها هي التي تنكر بطلان حقها في الحضانة بخلاف ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم من الصبي حيث لا تسقط الحضانة لوفور شفقته الا ان الحضانة الى شفقة القريب وهذا كما اذا تزوجت الام بعمه والجدة بالجد قال واذا استغنى الغلام عن الخدمة قيل بسبع او بتسع اجبر الاب على اخذه ۝ الحاضنة احق بالغلام حتى يستغني عن الخدمة فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وقدره ابو بكر الرازي بتسع سنين والخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب والفتوى على الاول والاجبار من الزوايد اما انتهاء حق الحضانة بالاستغناء عن الخدمة فلزوال العجز الذي هو السبب فيها بقدرة الصغير على خدمة نفسه واما اجبار الاب على اخذه لاحتياجه عند ذلك الى التاديب باداب الرجال والتخلق باخلاقهم وتعليم القران والعلم او الحرف والتحصن بذلك كله اعرف وعليه اقدر فكان به احق واجدر وان امتنع عنه اجبر لان حق الصيانة والتاديب عليه قال وتمكث الجارية عند الام والجدة حتى تحيض لانها بعد استغنائها عن الخدمة تحتاج الى التاديب باداب النساء والام على ذلك اقدر وبه اعرف فاذا بلغت احتاجت الى التحصين والحفظ والاب على ذلك اقوى واقدر قال وعند غيرهما حتى تشتهي لان غير الام والجدة لا تقدر على استخدامها فلا يحصل التاديب ولا كذلك الام والجدة لقدرتهما على ذلك شرعا قال والولد عند الذمية حتى يخاف ان يالف الكفر ۝ الذمية احق بالولد المسلم ما لم يعقل الاديان ويخاف عليه ان يالف الكفر لان الحضانة نظر له فاذا عقل الاديان وخيف عليه الف الكفر فلا احد منها هو النظر

له قال ولاحق للامة وام الولد فيه قبل العتق ه الامة وام الولد لاحق لهما في الحضانة قبل العتق لعجزهما عن الحضانة بسبب الاشتغال بخدمة المولى ولان الحضانة من باب الولاية وليسا باهل فاذا اعتقتا صارتا كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق قال واذا لم يكن له امراة فاختصم فيه الرجال قدم اقربهم تعصيبا ه اذا لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بسبب القرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة فاولاهم به من الرجال اقربهم تعصيبا

فروع

لا تدفع الصبية الى العصبة الغير المحرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا من الفتنة ولا الى محرم فاسق ماجن لانه لا يؤمن منه فان لم يكن لها الا ابن عم فان شاء القاضي ضمها اليه ان كان ذلك اصلح لها والا وضعها عند امراة امينة ولو كان الاخ مخوفا عليها منه يضعها القاضي عند امراة ثقة واذا اجتمع مستحقوا الحضانة في درجة واحدة قدم اورعهم قال ولا يخرج الاب بولده قبل الاستغناء لاستلزام ذلك ابطال حق الام من الحضانة وهذه من الزوايد قال ولا الام من المصر الا الى وطنها الذي تزوجها فيه الا دار الحرب اذا ارادت الام ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه اما المستثنى منه الاول فلما فيه من الاضرار بالاب واما المستثنى منه الثاني فلان التزوج بالعقدية التزم المقام به عرفا وشرعا قال عليه السلم من تاهل ببلدة فهو منهم واما المستثنى فلان دار الحرب وان كانت وطنا لها وقد تزوجها فيه لكن في جواز اخراج الولد اليه اضرار به من حيث انه يعتاد اخلاق الكفار فيالف الكفر وهذا ايضا من الزوايد

فروع

فلو ارادت الخروج الى مصر آخر غير وطنها وقد كان العقد فيه لم يجز في رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير جواز ذلك لان العقد اذا وجد في مكان يستتبع احكامه كما يوجب عقد البيع التسليم في مكانه ويحق امساك الاولاد من احكام عقد النكاح ووجه الاول وهو الاصح والمذكور في الكتاب ان العقد في دار الغربة ليس التزاما للمكث والاقامة فيه عرفا فلا بد للجواز من شرطين كون المكان وطنا لها ووجود النكاح فيه وهذا اذا كان بين المصرين تفاوت فان تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطلع على الولد ويبيت في منزله فلا باس به وصار كالنقلة من محلة الى محلة اخرى في مصر متباعد الاطراف والقريتان كالمصرين ولها ان تنتقل من القرية الى المصر لان في ذلك نظرا للصغير من حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس لها ان تنتقل من المصر الى القرية لان في ذلك ضررا بالصغير حيث يالف اخلاق اهل السواد وجفائهم فلا يجوز والله اعلم ه

كتاب العتق

هذه مقدمة تتوقف معرفة مسائل العتق على معرفتها وهي الاحاطة بتفسير ملك الرقبة وملك اليد والعتق والاعتاق والرق اما ملك الرقبة فعبارة عن ثبوت معنى في المحل يوجب اختصاص ذلك المحل

لمن ثبت له ذلك المعنى فيه واما ملك اليد فهو عبارة عن القدرة على التصرفات الشرعية على وجه لا يلحقه معارضة ولا غرامة كما في مال الصبي فان ملك الرقبة فيه للصبي وملك اليد فيه لابيه واما العتق فعبارة عن قوة شرعية تثبت في المحل فيجعله قادرا على التصرفات الشرعية واهلا لثبوت ولاية القضاء والشهادة والسلطنة والتزوج والحج وغيرها فيقال عتق الطاير اذا قوي وطار عن وكره وعتاق الطير اقوياؤها وفرس عتيق قوي واما الرق فهو نقيض العتق عبارة عن ضعف شرعي يثبت في المحل فيعجزه عن التصرفات الشرعية ويسلبه اهلية ثبوت القضاء والشهادة والسلطنة والتزوج وغير ذلك فيقال ثوب رقيق اي ضعيف ورق قلبي لفلان ضعف اشفاقا عليه واما الاعتاق فهو اثبات العتق عند ابي يوسف ومحمد لان وزان الافعال لاثبات الاثر اللازم وعند ابي حنيفه هو اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق فان للمولى في العبد حقان الملك والرق والملك حق المولى لانه هو المنتفع به والرق حق الله تعالى لانه اثر الكفر فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله ضرب عليهم الرق لهذا الى غاية زوال الملك بالكلية وجعلهم عبيد عبيده جزاء على تمردهم واستنكافهم عن عبادته والمولى يقدر على ازالة ما هو خالص حقه قصدا وهو الملك دون ما هو حق الله وهو الرق فلزم ان لا يكون الاعتاق ازالة الرق بل الاعتاق ازالة الملك الذي يكون في ولايته الا انه لما كان غايته الرق فيكون فعل المولى مفضيا الى ثبوت العتق فسمى فعله اعتاقا لان وزان الافعال كما يكون لاثبات الاثر اللازم يكون للفعل المفضي الى ثباته فكما يقال لمن احرق ماله اتلفه كذا يقال لمن رمى على دمنه او في موضع سيل اتلف ماله اي فعل فيه ما يفضي الى تلفه ويتبنى على هذا الخلاف مسئلة تجزي الاعتاق وعدمه فاذا اعتق نصف عبده فقد اثبت العتق عندهما في نصفه واثباته في نصفه اثبات له في كله لاستحالة تجزي العتق وعنده اذا اعتق نصفه فقد ازال ملكه لا الى احد عن نصفه ولا يستلزم ذلك زواله عن النصف الآخر فانه قابل للتجزي كما في الهبة او البيع من آخر ولكن يثبت للعبد استحقاق الحرية بزوال الملك في نصفه لا الى احد حيث اشرف على ازالة الرق فيه وهو زوال الملك بالكل فبزوال ملكه عن النصف الآخر باستيفاء بدل الاستسعاء زال الرق وثبت بسيطه وهو العتق دفعة واحدة قال يصح في ملك او مضاف اليه من قادر على التبرعات اما الملك فلا يصح عتق العبد وهو في ملك غيره قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واما الاضافة الى الملك فقد مر من الكلام فيها في كتاب الطلاق وهي من الزوايد ههنا واما صحته ممن يقدر على التبرعات فلان العتق تبرع فلا يصح صدوره ممن لا يقدر عليه فلا يصح الا في الملك ولا من المملوك ولا يصح الا من بالغ لان الصبي ليس من اهل العتق لكونه ضررا في حقه ظاهرا الا يرى ان الولي لا يملكه عليه ولا يصح الا من عاقل لان المجنون ليس من اهل التصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي وقال المعتق اعتقت وانا مجنون وكان جنونه ظاهرا فان القول قولهما لانهما اسندا العتق الى حالة منافية

لصحته وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حتى اذا بلغت لا يعتق لانه ليس باهل للاقوال الملزمة
قال وصريحه كانت حر ومعتق وعتيق او يا حر الا ان يكون علما ش الفاظ العتق على ثلاثة اقسام
صريح وكناية وما هو ملحق بالصريح اما الاول فالصريح يقع به العتق من غير نية كقوله انت حر وانت معتق
او محرر او قد حررتك او عتيق او قد اعتقتك لانها الفاظ مستعملة في العتق شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن
النية ووضعها وان كان اخبارا الا ان الشرع جعلها انشاء للحاجة كما في البيع والطلاق وغيرهما ولو قال
نويت الاخبار الباطل او الكذب او الخلوص في الحر او القدم في العتق صدق ديانة لانه موضع الاحتمال ولم يصدق
في القضاء لمخالفته الظاهر ولو قال انت حر من هذا العمل او انت حر اليوم عتق في القضاء لانه من ثبت له وصف
الحرية في شيء خاص او في وقت خاص ثبت مطلقا لعدم تجزئه وقوله يا حر او يا عتيق بدا مما هو
صريح فيه ثبت لان الندا لاستحضار المنادى بهذا الوصف فيقتضي تحقق الوصف فيه عملا بالحقيقة
وثبوت هذا الوصف من جهته يمكن فثبت تصديقا له وانما استثنى كونه علما وهذا الاستثنا
من الزوايد لانه اذا ناداه باسمه العلم فليس مراده الا استحضاره بالاسم الدال على الذات دون
ملاحظة الوصف فلم يمكن اثباته من دون دلالة عليه فلو قال له بالفارسية يا آزاد واسمه العلم حر
وكان بالعكس قالوا يعتق لان الندا بالاسم العلم لا يختلف باختلاف اللغات فتعين الوصف مرادا قال
او وجهك او راسك او بدنك او رقبتك ش انما اضاف العتق الى عضو يعبر به عن الجملة كالراس والوجه
والرقبة كان اعتاقا واذا اضافه الى عضو لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يكون اعتاقا والكلام
في هذا تقدم في الطلاق وهو نظيره في التفصيل والتعليل وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا
قال لامته فرجك حر عتقت ولو قاله لعبد لا يعتق والفرق ان الفرج يعبر به عن الكل في المراة دون
الرجل قال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج اراد النسا وفي العنق وجهان قال وبالكناية
كلا ملك لي عليك ولا سبيل ان نوى كلمات العتق يكون اعتاقا ان اراد العتق والا فلا وشرط النية
في الكناية وتقييدها بها كاف عن نفيها في الصريح فانه حيث قيدها دل على الاطلاق ثمة
فقوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يراد به لا ملك لي لاني بعته الى غيري بالبيع او الهبة ويحتمل لا ملك لي لاني
اعتقته فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية وكذلك قوله لا سبيل لي عليك واخرجتك من ملكي ولا رق
لي عليك وقد خليت سبيلك وكذا قوله لامته قد اطلقتك بالهمز لان ذلك بمنزلة قوله خليت سبيلك بخلاف
قوله طلقتك بالتشديد على ما ياتي ان شاء الله قال ولا يعتق بلا سلطان مطلقا اذا قال لا سلطان
لي عليك لا يعتق نوى العتق او لم ينوه لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان سلطانا لقيام يده ونفي اليد
لا يستلزم نفي الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفي السبيل مطلقا هو
بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا قال وقوله انت لله ليس باعتاق اذا قال انت

لله او انت خالص لله لم يعتق في رواية عن ابي حنيفة مطلقا وفي رواية ان نوى به العتق عتق وقال
ابو يوسف ومحمد يعتق واوقفاه على النية في رواية عنهما وصاحب المنظومة اورد هذه المسئلة
في باب ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وحده ولما كان محمد معه في رواية اقتصر على الجملة الاسمية
ولم يتعرض في كتاب الحصر للنية وعدمها فلم يتعرض له في المتن وانما عرفت بالروايات من غيره لهما
ان الملك والخلوص لله مستفاد بحرف اللام وهو دليل على الاختصاص وانما يتحقق بزوال
ملك العبد وذلك اعتاق وله ان ذلك اخبار عن كونه لله والاشيا كلها لله تعالى بحكم
التخليق فلم يستفد العبد بهذا الاخبار شيئا لم يكن حاصلا له من قبل فلم يحمل انشا ووجه
التوقف على النية انه صالح للاخبار وللانشا فتعين بها اراد له اعتقه الى الله فيتوقف على
النية قال ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق لا يا ابني ويا اخي هذا هو الملحق
بالصريح لان اسم المولى يستعمل في الناصر قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين
لا مولى لهم وفي ابن العم قال تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي ابن عمي وفي الموالاة في الدين وفي
المالك المعتق وفي العبد المعتق لكن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ونسب العبد معروف فانتفى معنى القرابة
والموالاة في الدين نوع مجاز والكلام محمول على الحقيقة عند الاطلاق وقد اضافه الى العبد فانتفى كونه
معتقا فتعين الاعتاق وكذا اذا ناداه بهذا الاسم لانه لما صار بمعنى الاعتاق فقد ناداه
باللفظ الصريح الدال على العتق فصار كقوله يا حر وزفر فرق بين قوله هذا مولاي وبين الندا بان
الندا قد يقع للاكرام كقوله يا سيدي ويا مالكي فلم يتعين الاعتاق قلنا الاصل هو الحقيقة
وقد يثبت دلالة اللفظ على العتق فالحق بقوله يا حر اذا لم يكن علما بخلاف قوله يا سيدي او يا مالكي
لعدم الدلالة على العتق فتعين الاكرام واما الندا بالابن والاخ فليس بموجب للعتق لان الندا
بالوصف الذي يمكن اثباته في المنادى من جهة مناديه يحمل اثباتا لذلك الوصف تصديقا له في
ندائه بذلك الوصف اما الندا بوصف لا يمكن اثباته من جهة المنادي كان لمجرد الاعلام دون
تحقيق ذلك الوصف فيه لعدم امكان اثباته والبنوة مما لا يمكن اثباتها حال الندا فانه اذا كان مخلوقا
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا الندا فكان لمجرد الاعلام وكذا الاخوة مع ما في اثباتها من حمل النسب
على الغير وما يلحق بالصريح وهبتك لنفسك او بعتك نفسك ولا يتوقف هذا على قبول العبد لان ذلك يقتضي
زوال الملك الى العبد فيزول ملكه بازالته صريحا فلم يكن صريحا في العتق لانه ليس بموضوع
له لكنه ملحق به لكونه يقع من غير نية ولما ملك العبد نفسه دون المالية كان اعتاقا فلا يتوقف على
القبول حتى لو قال بعتك نفسك بكذا افتقر الى القبول لمكان ذكر العوض قال وقوله لمن لا يولد
له مثله هذا ابني اعتاق رجل قال لعبده وهو اكبر سنا من مولاه هذا ابني عتق عليه

عند أبي حنيفة وقالا والشافعي رحمهم الله لا يعتق وهذا الاختلاف يبتني على أصل وهو أن المجاز
خلف عن الحقيقة في التكلم عند أبي حنيفة وعن الحكم عندهما لأن الحكم هو المقصود دون العبارة واعتبار
الخلفية فيما هو المقصود أولى من اعتبارها فيما هو وسيلة فكان الحكم الثابت بمجاز هذا اللفظ عن
الحكم الثابت بحقيقته وشرط المصير إلى الخلف تصور الأصل أولا ألا ترى أن اليمين على مس السماء وقلب
الحجر ذهبا منعقد باعتبار تصور البر في الجملة ثم يحكم بالعجز الحالي عنه وحنث الكفارة وإن يمين الغموس
غير منعقد لعدم تصور البر فيه فعلى هذا قوله لمن هو أكبر سنا منه هذا ابني مجازا عن الحرية لأن
الأصل وهو البنوة مستحيل فلم ينعقد سببا في حق الأصل ليصار إلى الخلف وأبو حنيفة رحمه الله يقول
المجاز والحقيقة وصفان للفظ فاعتبار الخلفية والأصالة فيما يرجع إلى التكلم أولى ولأن المتكلم
يتصرف في العبارة فيقيم إحدى العبارتين مقام الأخرى والحكم يثبت بالعبارة أصلا لا خلفا لأنه
كالمتكلم بتلك العبارة التي هذه خلف عنها وإذا كان المجاز خلفا عن الحقيقة في التكلم دون الحكم
لم يكن التكلم بالمجاز مزاحما للحقيقة لأن الخلف لا يزاحم الأصل ولهذا قال إن الحقيقة المستعملة
أولى من المجاز المتعارف وإن عم حكمه فعلى هذا يكون التكلم باللفظ مع إرادة ما وضع اللفظ له
أصلا والتكلم به مع إرادة غير ما وضع له خلفا فيكون اللفظ الواحد أصلا باعتبار وخلفا باعتبار
إذ هو الموصوف بكونه حقيقة وبكونه مجازا لكن بالإضافة إلى محلين في زمانين فإذا شرط صحة
المصير إلى الخلف صحة التكلم من حيث اللغة مع قطع النظر عن الحكم فإذا قال لمن هو أكبر سنا منه
هذا ابني فهو كلام صحيح لغة باعتبار اشتماله على شروط الأخبار فصح جعله مجازا وثبت الحكم
به في محل المجاز وإن امتنع موجبه الأصلي ووجه المجاز أن البنوة في المملوك سبب للحرية
إجماعا أو صلة للرحم وإطلاق السبب وإرادة المسبب مجاز تقدم تمام قوله هذا ابني
مقام قوله هذا وجب الحمل عليه تحرزا عن الإلغاء ولا يقال يجب أن يكون القائل لغيره
قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه لكون القطع سببا لوجوبه
لأنا نقول القطع الخطأ سبب لوجوب مال خاص وهو الأرش وإنه يخالف مطلق المال باعتبار الوصف
لأنه يجب على العاقلة في سنين فيستحيل إثباته بدون سببه والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال فالقطع
ليس بسبب له بخلاف الحرية فإنها لا تختلف ذاتا ولا وصفا فأمكن المجاز فيها إذا قال
هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل
هو على الخلاف وقيل لا يعتق إجماعا لأن قوله هذا جدي لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب
وهي غير ثابتة في كلامه بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك بدون واسطة ولو قال
هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية لأنه لا موجب له إلا بواسطة الأب وليس في اللفظ ما يثبتها

ووجه الأخرى أن الأخوة سبب للعتق فصح المجاز ولو قال لعبده هذه ابنتي قيل هو على الخلاف وقيل
لا يعتق إجماعا لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم وقد مر الكلام في
ذلك مستوفى في كتاب النكاح ولا يشترط تصديق العبد في قوله هذا ابني لأنه إقرار المالك على مملوكه
يصح من غير تصديقه وقيل يشترط التصديق فيما عدا دعوة البنوة لأن في غير البنوة حمل النسب على الغير
فيكون دعوى على العبد يلزمه بعد الحرية فيشترط تصديقه وإن كان معروف النسب لا يثبت نسبه
منه لتعذره ويعتق لما ذكرنا قال ولو نواه بأنت طالق لا يحكم به وإن قال لأمته أنت
طالق ينوي بذلك الإعتاق أو قال اختمري وأنت بائن لم تعتق وقال الشافعي تعتق وكذا الطلاق في سائر
ألفاظ صريح الطلاق وكناياته له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين ملك اليمين والنكاح توافقا أما ملك
اليمين فإنه ملك الرقبة وإنه ظاهر وأما ملك النكاح فإنه في حكم ملك اليمين ألا ترى أن الباقي بنصف التأبيد
شرطه وقد استنزل قوله لامرأته أنت طالق ولأمته أنت حرة في إزالة ما هو حقه وهو ملك اليمين في الأمة
وما في حكمه فكان ثبوت هذا المشترك من لوازمهما فإن الصيغتين مجاز استعمال كل منهما لإفادة
هذا المشترك ولهذا وقع الطلاق بقوله لامرأته أنت حرة فوجب أن يعتق بقوله أنت طالق إعمالا
للصيغة فيما هو من لوازم حقيقتها ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق إثبات القوة
والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ملحق بالجمادات والأموات وبالإعتاق يحيى فيقدر على
التصرفات الشرعية في الأفعال والأقوال والولايات والمنكوحة قادرة بنفسها إلا أن قيد النكاح
مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الإعتاق أقوى فما يصلح مزيلا للأقوى كان
مزيلا للأدنى من غير عكس ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح لأن ملك اليمين إذا طرأ على ملك النكاح أبطله
فكان إسقاطه أقوى واللفظ يستعمل مجازا فيما هو دون حقيقته لا فيما هو فوقها فاتضح الفرق
بين الاستعمالين فلا يعتق بأنت طالق وتطلق بأنت حرة ولأن صريح الطلاق وكناياته
يستعمل لحرمة الوطء وحرمة الوطء ليست في النكاح ولا سيما في المملوكة فلا تقع كناية عنه قال
ولو قال أنت مثل الحر لم يعتق ولو قال ما أنت إلا حر عتق أما الأول فلأن المماثلة لا تستدعي
الشركة من جميع الوجوه عرفا فيقع الشك في الحرية وأما الثاني فإنه إثبات للحرية فيه بطريق الحصر
والتأكيد قال وقوله عبدي وحماري حر إعتاق إنما أدخل كلمة أو بين من هو محل للعتق وبين
من ليس بمحل يعتق العبد عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق لأن كلمة أو للشك في غير الطلب فكأنه قال
عبدي حر أو لا وله أن كلمة أو لأحد الشيئين أو الأشياء فلا فرق بين أن يفصل أو يقول
أحدهما حر لفظا ومعنى ولو قال كذلك وجب صرفه إلى العبد لقبوله المحل وكذلك
لو جمع بين حي وميت أو جماد فقال إثبات العتق في أحد هذين لا يجد تفرقة بينه وبين ما لو قال

اعتقت عبدي او هذا وهذا لو نوى عتق عبده بهذا الكلام عتق اجماعا بخلاف عبدي حر او لا
فانه لو نوى به الاعتاق لم يصح قال ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولا يختص الولاد
اذا ملك الرجل اباه او ابنه عتق عليه بالاجماع وهذه هي قرابة الولاد ولو ملك اخاه او عمه او خاله
او عمته فعندنا يعتق كما يعتق قرابة الولاد بالملك وعند الشافعي لا يعتق وذو الرحم المحرم كل شخصين
يدليان الى اصل واحد بغير واسطة كالاخوين او احدهما بواسطة والاخر بغير واسطة كالعم وابن
الاخ الى الجد ولا يعتق ذو رحم غير محرم كبني الاعمام والاخوال وبني العمات والخالات ولا محرم
غير ذي رحم كالمحرمات بالصهرية والرضاع له انه عتق ثابت من غير رضاء المالك فيكون على منافاة
الدليل وقرابة الاخوة وما يشبهها نازلة عن قرابة الولاد وقد قال عليه السلم لن يجزي ولد
والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ثبت في قرابة الولاد عملا به على خلاف القياس فلا
فلا يثبت فيما هو نازل عنها لامتناع الالحاق لعدم المساواة وامتناع الدلالة لقوة قرابة
الولاد وهذا فانه اذا ملك المكاتب اباه او ابنه يكاتب عليه حتى اذا ادى بدل الكتابة عتقوا
بخلاف ما لو ملك اخاه او عمه فانه لا يكاتب عليه اجماعا ولنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه القرابة المؤثرة في المحرمية التي يفترض
وصلها ويحرم قطعها ولذلك حتت النفقة وحرم النكاح لان وجوب النفقة كان من
الصلة فان حرمنا نها نفضي الى القطيعة ولذلك حرم النكاح صونا لها عن القطيعة وبقا الرق
اقوى في القطيعة من حرمان النفقة فلما وجبت النفقة رعاية لها نهيا عن القطع فلان يثبت
العتق عند الملك صيانة عن القطع للصلة وتحقيقا للصلة كان اولى ولا فرق بين ما اذا كان المالك
مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة واما المكاتب فملكه ملك ناقص فاذا ملك اخاه
لم يكاتب عليه وكمال الملك هو الذي يعقبه العتق والكلام مفروض في الملك الكامل بخلاف قرابة
الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان جزءه في معنى نفسه مقصود بعقد الكتابة فتكاتب اجزاؤه
ولا جزؤه في غير الولاد على انه يكاتب عليه في رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما فلنا
المنع وهذا بخلاف ما لو ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان الشرط في العتق عليه كون المحرمية
بسبب القرابة ليستفيد دليلا على ان ملك القرابة يحرمه القطيعة واجبة الصلة والمحرمية ههنا
لا بسبب القرابة فلم يتحقق الشرط ويدخل في هذا العتق الصبي والمجنون فيكونان اهلا للعتق
عليهما عند الملك لتعلق حق العبد به فشابه النفقة قال ومن اعتق لغير الله او كان مكرها
او سكرانا عتق اذا اعتق عبده للشيطان او للصنم عتق العبد وكان المعتق عاصيا اما
الاعتاق فلصدوره من اهله مضافا الى محله عن ولاية فيقع ولكن بتسميته الجهة وعصى الله

تسميتها للشبهة بالكفرة وعبدة الاصنام واما عتق المكره والسكران فهو كطلاقهما
وقد مر في كتاب الطلاق قال ولو اعتق الام عتق حملها ولا ينعكس اذا اعتق حاملا عتق
حملها لانه متصل بها فكان كالجزء منها يعتق تبعا لها ولو اعتق الحمل خاصة عتق ولا يعتق الام اما
عتق الحمل فلان العتق لما كان مندوبا اليه وجب السعي في تحقيقه ما امكن وجعله نفسا على حدة لانه
يوصيه الانفصال الا ترى انه اصل في استحقاق الوصية والارث وغيرهما واما عدم عتق الام
الام فلانه لا يمكن جعلها مقصودة بالعتق لعدم الاضافة ولا بالحكم التبعية لما فيه من قلب الموضوع
فامتنع ثم اعتاق الحمل صحيح بخلاف بيعه وهبته والفرق بينهما ان القدرة على التسليم شرط في
البيع ونفس التسليم شرط في الهبة ولا يتصور ذلك في الجنين بخلاف الاعتاق لانه اسقاط
الملك فلا يفتقر الى التسليم ولا القدرة عليه ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال فانه لا وجه
الى الزامه الجنين لعدم الولاية ولا الى الزامه الام لان الحمل في حق العتق اصل واشتراط بدل العتق
على غير المعتق لا يجوز ويعرف تمام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعتق
لانه ادنى مدة الحمل قال ويتبع الولد الام مطلقا الا من المولى يعني بالاطلاق انه يتبعها في
الحرية والمملوكية وامية الولد والتدبير والكتابة استثنينا المولى يفهم ان ولد الامة من زوجها
غير مولاها وولدها من المولى حر لانه مخلوق من ماء فيعلق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان
ولد الامة لمولاها واذا الحلق على ملكه عتق عليه واما ان ولدها من زوجها مملوك لسيدها
فللترجيح جانب الام باعتبار الحضانة او باستهلاك ماءه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي
بذلك بخلاف ولد المغرور وصورة المسئلة اذا تزوج امراة او اشترى امة فاستحقت وقد استولدها
كانت الجارية للمستحق ويجب عليه العقر له وولده يكون حرا بالقيمة لان الوالد لم يرض بذلك
وعلى ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فتتبعها في
وصف الحرية كما تتبعها في وصف المملوكية قال واذا ولدت المكاتبة بنتا وهي
اخرى فاعتق الوسطى فالسفلى حرة تبعا المكاتبة اذا ولدت بنتا وولدت البنت بنتا اخرى
فاعتق المولى البنت الوسطى عتقت هي وعتقت السفلى منها وقالا لا يعتق السفلى تبع العليا كالوسطى
وهذا يبتنى على ان يبدل الكتابة على جوابهما وليست تبعا للوسطى لانها تبع والتبع لا يستتبع فنزلت
من العليا منزلة الولدين الا ترى انه لو اشترى جارية فولدت بنتا وبنتا اخرى بعضهن على تساوي بينهن
فان لم يقتسما بلا تا وله ان السفلى تبع الوسطى وتبع العليا بواسطة الوسطى يعتق كل
منهما لدينه كفيل وعن الكفيل كفيل به فان ابراء الاصيل يوجب براءتهما وبراءة كفيل الكفيل يقتصر
عليه وبراءة الكفيل الاول يوجب براءته وبراءة الثاني والوسطى كسبت تبعا من كل وجه بل هي اصل

من وجه لان العقد تناولها قبل انفصالها عن العليا ولهذا تبقى عقد الكتابة بعد موت العليا على نجومه
عند بقاء الوسطى ولا يقال انه سقط السفلى لانا نقول ــــ ذلك دليل على ان السفلى اصل من
وجه فالاول ان يكون الوسطى فاذا كانت اصلا من وجه فان ان يستتبع من ذلك الوجه وما استشهدا
به دليل لابي حنيفة لان التبعية باعتبار الفرع والسفلى متفرعة عن الوسطى حقيقة فنزلت منزلة
الزيادة المتصلة حتى يتضاعف ثمنها فينقسم كل الثمن عليهما اثلاثا ثلثه بما اصاب الوسطى ومن
العليا ان ينقسم عليها وعلى ولدها ايضا ثم قال ــــ ولو قال اول ولد تلدينه حر فالقت
ميتا ثم الثاني الحي حر رجل قال ــــ لامته اول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم
اخر حيا عتق الحي وقالا لا يعتق لان الشرط ولادة اول ولد وهذا ولد ثان فلا يكون الاول وان كان ميتا
فهو مولود حقيقة وشرعا اما حقيقة فظاهر واما شرعا فلانه ثبت به امية الولد وتنحل الطلاق
المعلق بولادة اول ولد وتنقضي بولادته العدة وله انه جعل عتق المولود اول لاحياء الولادة
وانما يصح ذلك اذا كان حيا فيتقيد به بالضرورة ويصير كانه قال اول ولد حي تلدينه حر ولو كان
كذلك يعتق الحي وان كان قد ولد بعد الميت فكذا هذا قال ــــ واذا خرج عبد الينا مسلما عتق
اذا خرج عبد من دار الحرب الى دار الاسلام مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد
الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه قبل الاستيلاء عليه لسبق يده
على نفسه والمسلم لا يسترق ابتداء قال ــــ واعتاق حربي مثله ثمه باطل ما لم يخل عنه   اذا اعتق
الحربي عبده الحربي في دار الحرب وهو في يده مستول عليه لا يعتق حتى لو اسلم او صار ذميا وهو
عنده فهو عبده وقالا يعتق لان الاعتاق وهو اهل له بدليل صحته صدوره منه في دار الاسلام
والعبد ملكه فيقع لانه يثبته وهو محل العتق فنفذ عتقه وله ان الاعتاق ازالة الملك واستطلاق
عليه تثبت للملك لان العبد في دار الحرب محل لورود الاستيلاء التام عليه فيكون انا له الملك
مقارنا لثبوته بالاستيلاء التام الحاصل بكونه في يده في دار الحرب او يعقب ثبوت الملك زواله
فيكون عبدا له بخلاف ما لو كان العبد مسلما لعدم تحقق الاستيلاء التام على المسلم لا يكون
وان كان في دار الحرب وليس بمحل لورود الاستيلاء عليه وبخلاف ما اذا اعتق الحربي المستأمن
في دار الاسلام عبدا حربيا وهو تحت يده لان استيلاءه في دار الاسلام لا يكون تاما لان
الدار دار العصمة وقد دخل فيها بامان قال ــــ ولو خرجا مسلمين فلا ولاء له   الحربي
اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب ثم خرجا الينا مسلمين قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا ولاء
للمعتق عليه فيوالي من شاء وقال ابو يوسف ولاؤه لمن اعتقه في دار الحرب لان الولاء كالنسب
وهو يثبت ممن باشره في دار الاسلام فكذلك الولاء لان سبب الاعتاق كما لو اعتق الحربي

عبدا مسلما في دار الحرب ثم خرجا الينا مسلمين ولهما انه لم يثبت الولاء من احكام الاسلام
والعبد حربي فما دام في دار الحرب لا تلزمه احكام الاسلام فاذا خرج الينا فقد خرج ولا
ولاء عليه فلا يثبت ثانيا على ما تقدم معتضدا باستصحاب الحال بخلاف المسلم لان الحربية
الثابتة اعتاقه ثم لما التزم باسلامه والمسلم في دار الحرب ملتزمه كثير من احكام الاسلام فجاز
ان يلزمه هذا الحكم فاذا خرجا فقد خرج العبد وعليه ولاء مستقر قال ــــ ولو ادخل المستا من
عبدا مسلما الى دار الحرب فهو معتق بغير ولاء وكذا لو اسلم ثمة فباعه من مسلم او حربي
مستأمن اشترى عبدا مسلما في دار الاسلام ثم ادخله هو الى دار الحرب قال ابو حنيفة رحمه
الله يعتق ولا ولاء عليه وقالا لا يعتق وكذا عبد الحربي اذا اسلم في دار الحرب فباعه
مسلم او ذمي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما ولو عتقه المسلمون عتق بالاجماع لانه تقوى بالمسلمين
وتعذر بولائه صار كالخروج الى دار الاسلام لهما ان الملك ثابت فيه للحربي فلا يزول بادخاله
دار الحرب لان ادخاله ليس بازالة الملك والملك الثابت لا يزول بدون الازالة وصار كما لو اشترى
حربيا وادخله دار الحرب ولهما في المسئلة الثانية ان المسلم والذمي لم يصدر منهما عتقه وبالهم
لم يزل عنه ملكه فوجب بقاء الرق وله في الاولى ان العبد يستحق باسلامه ازالة ملك الحربي
عنه اما بالبيع او بما يقوم مقامه كام ولد النصراني اذا اسلمت تخليصا له من ذل رق الكافر وهنا
ما دام في دار الاسلام ثبتنا مناجزة ملكه بسبب الامان فاذا ادخله دار الحرب استحق الازالة
بالعتق لانتفاء حرمة ماله واذا لم يحصل الازالة بعوض هو حق المولى وجب الازالة بالقبض حقا للعبد
ولانه لما استحق بالاسلام ازالة الملك عنه وقد تعذر الجبر عليه بدخوله دار الحرب تعين العتق
تخلصا لطريق واقامة شرط الزوال وهو العود الى دار الحرب فانه قاطع للعصمة مقام علة الزوال
كامراة الحربي اذا اسلمت في دار الحرب بانت بثلاث حيض وقال لتفريق وله في الثانية امكان
عتقه باقامة شرط الزوال مقام علته عند تعذره هذا هو المذكور في شرح الجامع لقاضي خان وغيره
وذكر في شرح الطحاوي انه يعتق بعرضه على البيع من مسلم او كافر قبل البيع لانه باسلامه استحق العتق
محتاج الى سبب لزوال ملكه عنه فلما عرضه على البيع وجد رضاه بزوال ملكه عنه فاقيم مقام السبب
المزيل قال ــــ بعض مشايخنا وهذا هو الصحيح لانه لو عتق بعد ثبوت الملك للمشتري يكون ضررا في حق
المسلم بزوال ملكه بدون رضاه وان عتق بعد الشراء قبل ثبوت الملك له لزمه ضرر خروج بدله
عن ملكه ويده بدون حصول ما يقابله في ملكه ويده فيتعين الثاني لكنه اذا عتق بالعرض على البيع فهو
يعلم انه حر فيحصل ما بدله قدا المسلم وتخليصا له من يد الكافر فلا يلحقه ضرر عدم الحصول له قال ــــ
ولو اعتقه على مال فقبل عتق ولزمه وهذا مثل ان يقول انت حر بالف او على الف او على ان لي عليك

الفًا او على ان تعطيني الفًا وانما قيده بقبوله لانه معاوضة ومن شرطها القبول في الحال كالبيع ولهذا
يعتق اذا قبل لانه علق العتق بالقبول لا باداء المال ومعنى قوله ولزمه اى وجب ما شرط على العبد من
المال دينًا لازمًا عليه حتى صح الكفالة به وهذا بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح الكفالة به والفرق
ان المولى لا يستوجب على عبده دينًا لان ذمته اضعف بضعف رقه فلم يحتمل الدين بنفسها ما لم ينضم اليها
ما يؤكدها وهي اما مالية الرقبة او مالية الكسب ومالية الرقبة لا يصلح جابرًا في حق المولى لانها مستحقة
له فكان الدين الثابت على المكاتب على منافاة الدليل بالنص فلا يتعدى من الكتابة الى صحة الكفالة وههنا
ثبت على مقتضاه فانه يعتق اولًا ويلزمه المال ثانيًا فظهر في حق الكفالة وقوله على مال ينتظم
ما يصدق عليه من العروض والنقد والحيوان معينًا كان او غير معين لانها معاوضة مال بغير مال لان العبد
لا يملك نفسه فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون والمعلوم
الجنس وان كان مجهول الوصف لان تلك الجهالة يسيرة وانما اغتفرت في هذه المعاوضة الجهالة اليسيرة
دون الفاحشة لان في معاوضة المال بغير المال جهتان لانها تشبه بالبيع من حيث ان في مقابلته
عوضًا وتشبه الاعراض من حيث انه ليس في مقابلته ما له حكم المال وفي الاعراض يحتمل الجهالة يسيرة كانت
او فاحشة وفي البيع لا يحتمل اصلًا فعملنا بالشبهين فحملنا فيها اليسيرة دون الفاحشة قال
او علقه بادائه صح وصار مأذونًا وهذا مثل ان يقول ان اديت الى الفًا فانت حر ومعنى الصحة
عتقه عند الاداء من غير ان يصير مكاتبًا حتى صح بيعه قبل اداء الالف وانما صار مأذونًا لان المولى لما
طلب منه اداء المال وطريقه الكسب بالتجارة غالبًا فقد اذن له في التجارة دلالة وانما لم يصر
مكاتبًا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نقرره واذا كان
تعليقًا بالاداء فما لم يؤد المال كله لم يوجد شرط العتق فلا يعتق وليس المكاتب صريحًا فله بيعه
قال واذا احضره اجبرناه على القبول هذه من الزوائد اذا احضر العبد المال اجبر الحاكم
المولى على قبوله وعتق العبد ومعنى الاجبار ههنا وفي سائر الحقوق ان ينزل المولى قابضًا بالتخلية بينه
وبين المال وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لان هذا تعليق العتق بالاداء فكان يمينًا ولهذا
لم يتوقف على قبول العبد ولم يحتمل الفسخ وشروط الايمان لا يجبر عليها لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط
بخلاف الكتابة لانها معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه وان كان تعليقًا لفظًا الا انه معاوضة
نظرًا الى المقصود لانه لم يعلق بالمال الا حثًا له على احضاره لينال العبد الحرية والمولى المال
بمنزلة الكتابة ولهذا جعلناه عوضًا في الطلاق بهذا اللفظ حتى وقع الطلاق بائنًا فجعلناه تعليقًا
ابتداءً باعتبار اللفظ نظرًا للمولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى
الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة انتهاءً نظرًا للعبد دفعًا للغرور عنه فيجبر المولى على قبوله

عند احضاره ونظير هذه المسألة الهبة بشرط العوض ولا يقال لا يمكن جعله عوضًا لان البدل
والمبدل كلاهما عند الاداء للمولى لانا نقول لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة على ما بيناه ثبت شرط
صحتها ايضًا وهو كون العبد احق بالمؤدى فثبت سابقًا على الاداء عند وجوده وصار كما لو كاتب عبده
على نفسه وماله وكان الكسب مالًا قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال حتى اذا اداه عتق وهذا
الجواب مبني على القبول بالتخلية فلو ادى البعض يجبر على القبول لكن لا يعتق حتى يؤدي الكل
لعدم الشرط قبل التمام كما اذا حط البعض وادى البعض ولو ادى الفًا كان اكتسبها قبل التعليق عتق
لوجود الشرط ورجع المولى عليه لاستحقاقه اياها قال ويختص التعليق بحرف ان كاذا
ومتى حتى لو باعه ثم اشتراه فاحضره يؤمر بالجبارة ذكر المسألة الخلافية ونبه على اصلها وموضع
الاجماع ايضًا فاما الخلافية فاذا قال ان اديت الى الفًا فانت حر قال ابو حنيفة ومحمد يقتصر
هذا التعليق على المجلس فان ادى الالف في مجلسه عتق والا فلا وقال ابو يوسف لا يقتصر على المجلس
حتى لو باعه ثم اشتراه فاحضر اليه المال يجبر المولى على القبول ويعتق العبد ولو كان قال اذا اديت
او متى اديت لم يقتصر على المجلس اجماعًا له انه تعليق من المولى بالاداء فيعتبر بسائر التعليقات
وانما الجئ الى القبول باعتبار ما فيه من معنى المعاوضة فيعتق العبد اذا خلى بينه وبين المال في المجلس
او فيما وراء المجلس او بعد ما باعه ثم اشتراه اذ التعليق لا يبطل بتبدل المجلس وصار كالتعليق باذا
ومتى ولهما انه خيره بين ان يحصل عتق نفسه وبين ان لا يحصل لانه وان كان تعليقًا في اللفظ
الا انه معاوضة انتهاء والمعاوضة تمليك وتملك والتمليكات يقتضي جوابًا في المجلس فصار كقوله
انت حر ان شئت وهذا لان المعاوضة يقتضي ان يوجد من كل من المتعاوضين ما يختص به منهما في
المجلس وقد وجد من المولى ما يختص به منها فيجب ان يوجد من العبد ما يقتضي به منها وليس ذلك الا الاداء
اذ القبول منه ليس بشرط اصلًا بخلاف الكتابة اذ شرطها القبول في المجلس بخلاف متى واذا لان
التعليق بهما ينافي الاقتصار على المجلس لانهما لعموم الاوقات واذا اعتبرناها فاذا باعه فقد
ابطل ما في تعليقه من معنى المعاوضة والاجبار على القبول باعتبار بقائها فامتنع الاجبار
ولكن لو قبضه اختيارًا عتق لان ما فيه من معنى التعليق لم يبطل بالبيع فاذا وجد الشرط عتق قال
او على ان يخدمه سنة ثم مات او على عبد من الجنس فاستحق احدهما رجع في تركته وعليه بقيمة نفسه
وحكم بقيمة خدمته ومقدارها هاتان مسئلتان الاولى رجل اعتق عبده على ان يخدمه سنة
فقبل العبد حتى عتق ثم مات العبد قبل ان يخدمه شيئًا يرجع المولى في تركة العبد بقيمة نفسه
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله بقيمة خدمته سنة ولو كان مات في اثناء
السنة وجب عندهما من قيمته قسط ما بقي من الحول وعند محمد من قيمة الخدمة قسط ما بقي

من الحول له انه عقد لا يقبل الانفساخ فيكون الموجب لتقديم الخدمة تاما وقد عجز عن
تسليمها فيلزمه قيمتها كما لو تزوج امراة على عبد الغير ولهما ان المولى بادل المال بالخدمة في هذا
العقد فلم يكن راضيا بزوال ملكه عن العبد الا اذا حصل له ما شرط من الخدمة فاذا فاتت الخدمة
وجب رد العبد الى ملكه وقد تعذر بالعتق لانه لا يقبل الفسخ بعد نزوله فيرجع بقيمته بنفسه كما لو اشترى
اباه بعبد ثم مات العبد قبل التسليم يجب عليه قيمة الاب لا قيمة العبد وهذه المسئلة من فروع ما اذا باع
نفس العبد منه بجارية ثم استحقت وقد مرت في البيوع المسئلة الثانية اذا اعتق الذمي
عبدا له ذميا على مقدار معين من الخمر يقبل العبد وعتق ثم اسلم احدهما فعلى العبد ان يدفع الى المولى
قيمته بنفسه وقال محمد عليه قيمة ذلك المقدار من الخمر والحجة من الطرفين ما مر في الاولى ٥

فصل في العبد يعتق بعضه

قال والاعتاق يتجزى ومعتق البعض يسعى في بقية قيمته وهو كالمكاتب وقالا كالحر المديون
اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض اي زال ملكه عنه وعليه ان يسعى لمولاه في بقية
قيمته فاذا ادى بدل السعاية عتق كله دفعة واحدة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
اذا اعتق بعضه فقد عتق كله وهو مذهب الشافعي رحمه الله واصل ذلك ان الاعتاق
يتجزى عند ابي حنيفة وقالا لا يتجزى كما لا يتجزى العتق عندنا وقد مر في مقدمة كتاب العتق
ان الاعتاق عند ابي حنيفة هو ازالة الملك لا ازالة الرق لان الرق هو حق الشرع فلا يكون للعبد
ولاية ازالته قصدا واما الملك فهو حقه فله ازالته الا ان الرق يزول بزوال كل الملك
ضمنا له لا قصدا لان التصرف في حق الغير قصدا لا يصح فان احد الشريكين لو اعتق نصيب صاحبه
قصدا لم يصح ولو اعتق نصيب نفسه صح وسرى الى نصيب الاخر اما بعتقه او بافساد ملكه على ما
هو المعروف من الخلاف فيكون ما هو المسمى بالاعتاق الصادر من المولى هو ازالة الملك وانه يقبل
التجزي الا ترى انه لو ازال ملكه عن نصفه الى احد بهبة او بيع جاز وكذا اذا ازاله لا الى احد واما
العتق فهو ثبوت القوة الشرعية وثبوتها لا يتجزى فلا يجوز ان يكون نصفه شايعا ذا قوة شرعية
دون نصفه الاخر لكن يجوز ان يكون نصفه مملوكا دون نصفه الاخر فاذا اعتق بعضه زال ملكه
عن ذلك البعض لا الى احد ويتراخى عتق ذلك البعض الى ان يعتق النصف الاخر ويسعى فيه العبد فيعتق
كله دفعة واحدة وعندهما لما كان الاعتاق اثباتا للعتق والعتق غير متجز يكون اعتاق بعضه اعتاقا
لكله لان ثبوت العتق يستلزم زوال الرق ضرورة فصار كالطلاق المضاف الى بعض المراة
والعفو عن القصاص في البعض والاستيلاد وانما وجبت السعاية عند ابي حنيفة لاحتباس ماليته

بعض العبد عنده والمستسعى كالمكاتب عنده وقالا هو كالحر المديون لان كله عتق عندهما
باعتاق البعض وعنده كله رقيق واما الملك فقد زال عن بعضه باضافة العتق الى البعض فوجبت
مالكية العبد لنفسه وبقاء الملك في بعضه يمنع منه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا فانه مالك يدا لا رقبة
والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق وهو في جميع احواله
كالمكاتب الى ان يؤدي السعاية لانه تعلق عتقه باداء المال فلا يقبل ولا يورث ولا يزوج الا انه
اذا عجز لا يرد في الرق بخلاف المكاتب لان الكتابة مقصودة والفرق ان المولى ههنا اسقط ملكه
لا الى احد فلم يقبل الفسخ واما الكتابة المقصودة فهي عبارة عن فك الحجر بعوض فكان قابلا للاقالة والفسخ
كالماذون واما الطلاق والقصاص فليس بينهما حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم على المبيح واما
الاستيلاد فيتجزى عنده حتى اذا استولد احد الشريكين مدبرة مشتركة بينهما اقتصر الاستيلاد على نصيبه وبقي
النصيب الاخر مدبرا على حاله حتى اذا مات المستولد عتق هذا النصف من جميع المال ولو مات الاخر
عتق نصيبه من ثلث المال بخلاف القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بافساد الملك عليه ملكه بالضمان
فتكمل الاستيلاد وصورة المستسعى ان يعتق المولى بعض عبده او اعتق بعض الشركا نصيبه او بعض
الورثة او الغرما او المرض ولم يخرج من الثلث اما العبد المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر ويسعى العبد
فهو حر بالاجماع لان الدين على الراهن لا في رقبة العبد ولهذا يرجع العبد على الراهن بما سعى قال واذا
اعتق احد الشريكين نصيبه وهو موسر فللاخر ان يعتق او يضمن او يستسعي والاعسار لا يمنع السعاية او معسر
فله ان يعتق او يستسعي وقالا له الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار اذا كان العبد بين شريكين فاعتق
احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شا اعتق نصيبه وان شا ضمن المعتق قيمة نصيبه وان
شا استسعى العبد واليسار لا يمنع الاستسعا فان ضمن رجع المعتق على العبد والولا للمعتق وان اعتق
او استسعى فان الولا بينهما وان كان معسرا فالشريك بالخيار بين ان يعتق او يستسعي ويكون الولا بينهما
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار او السعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق
على العبد بشي والولا للمعتق والخلاف في هذه المسئلة مبني على اصلين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه كما
مر والثاني ان يسار المعتق لا يمنع الاستسعا عنده وعندهما يمنع لهما قوله عليه السلام الشريك
يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان معسرا سعى العبد في حصة الاخر وهذه القسمة تمنع الشركة ولانه
لما عتق الكل باعتاق نصيبه عندهما كان بدل نصيب شريكه المملوك له في ضمن اعتاق نصيبه عليه لا
على العبد الا انه لما كان معسرا تعذر وصوله اليه فوجب ان يصل اليه من المحل وهو العبد بالسعاية
لانه صاحب الشرط لانه هو المحل فيقام مقام صاحب العلة كما في حفر البير عدوانا وله ان نصيب الساكت
مملوك له الا انه فاسد حيث عجز عن تمليكه فله الخيار ان شا ضمن المفسد وان شا استسعى العبد

لاحتباس ماليته عنده كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ به فعلى صاحب الثوب
قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لاحتباس مالية الصبغ عنده لكن العبد فقير فيستسعى بل اليسار المعتبر
ههنا هو قدرته على قيمة نصيب شريكه فاضلا عن ملبوسه ونفقته ونفقة عياله في يومه لا اليسار
المعتبر في الغنا لان بذلك يعتدل النظر من الجانبين حيث يصل الى الشريك بدل نصيبه ويحقق للمعتق ما قصد
اليه من القربة ثم التخريج على قولهما ظاهر اما عدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن فلعدم السعاية على العبد
حال يسار المعتق واما ان الولاء له فلان العتق كله من جهته لعدم تجزيه واما التخريج على قوله اما
التخيير في الاعتاق فلقيام ملكه في الباقي لان الاعتاق قابل للتجزي واما التضمين فلان المعتق مفسد
لنصيبه حيث امتنع عليه ما سوى الاعتاق وتوابعه واما الاستسعا فلاحتباس مالية العبد عند
نفسه واما رجوع المعتق بما ضمن على العبد فلقيامه مقام الساكت باداء الضمان وقد كان
للساكت ان يستسعيه فكذلك المعتق فقام مقامه ولانه قد ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد
اعتق بعضه فتعتق له ولانه اعتاق الباقي او استسعايه والولاية للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه
قد ملكه باداء الضمان واما اعسار المعتق فان شا الساكت اعتق لبقا ملكه في الباقي وان شا استسعى
لما بينا والولا له في الوجهين لان العتق في نصيبه واقع من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق المعسر
بما ادى الى الساكت بالاجماع اما عندهما فلانه سعى في فكاك رقبته لانه كالمكاتب واما عنده فلانه
لا يقضي دينا على المعتق لانه لا شي عليه لاعساره بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر حيث سعى في رقبته
قد ملكت او في قضا دين على الراهن فيرجع وقول الشافعي في الموسر كقولهما واما في المعسر فقال
بقي نصيب الساكت على ملكه يبيعه ويهبه لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية
لعدم صدور الجناية منه وعدم رضاه بسعايته ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فيتعين ابقاوه
على ملكه قلنا الى الاستسعا سبيل لانها تستحق على احتباس المالية وانه لا يفتقر الى الجناية
وفي ابقا الملك جمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في المحل الواحد فلا يصار اليه
فروع يعتبر اليسار والاعسار يوم الاعتاق حتى لو اعتق وهو موسر فاعسر لا يبطل التضمين
وان كان معسرا فايسر لا يثبت له حق التضمين لانه حق يثبت بنفس العتق فلا يتغير وان اختلفا في ذلك
علم الحال لان يتطاول الزمان بين الخصومة والعتق ويختلف الاحوال فالقول للمعتق لانه منكر ولو اختلفا
في قيمة العبد يوم العتق فان كان موجودا قوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق ايضا وان كان الاعتاق
سابقا على الاختلاف فالقول له ايضا لانكاره الزيادة ولو اختلفا في القيمة وفي وقت الاعتاق
يحكم العتق للحال وعلى هذا التفصيل اذا اختلف العبد والساكت في القيمة ولو مات العبد قبل
اختيار الساكت شيئا ليس له الا التضمين لان العتق والسعاية فاتا بالموت فاذا ضمن رجع المعتق على نسب

العبد ان كان له كسب ولو كان المعتق معسرا فالساكت يرجع في الكسابة لان السعاية تجب بنفس العتق
ولو مات المعتق وقد وقع العتق في الصحة فالضمان في ماله وان كان في المرض فلا شي في التركة وقال محمد
يؤخذ من تركته وهو رواية عن ابي يوسف لان ضمان التمليك لا يختلف بالصحة والمرض ولو مات الساكت
فللورثة احد الخيارات فان اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه ليس لهم الا الاجتماع على احدها ولو كان الشريك مأذونا له فان كان مديونا والمعتق موسر فله خيار
التضمين والسعاية وان لم يكن مديونا فالخيار للمولى وان كان الشريك صبيا وله ولي او وصي فان شا ضمن
وان شا استسعى وان لم يكن له ولي ينتظر بلوغه او ينصب القاضي له وليا وهذا اصل كثير يبتنى
عليه مسائل العتق وغيره قال ولو شهد كل منهما على الآخر بالعتق فالعبد يسعى في نصيب كل
منهما مطلقا وقالا ان كانا معسرين او احدهما لا موسرين والولا لهما وقالا الولا موقوف ه اذا شهد
كل واحد من الشريكين على صاحبه بعتق نصيبه قال ابو حنيفة رحمه الله يسعى العبد لكل واحد منهما في
نصيبه مطلقا موسرين كانا او معسرين او كان احدهما موسرا والآخر معسرا والولا لهما بعد ان يحلف
كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كلا منهما يدعي العتق على صاحبه ووجوب الضمان عليه او السعاية
على العبد والآخر ينكر فيحلف كل منهما لصاحبه وقالا ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين سعى لهما
وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لا للمعسر والولا موقوف حتى يتفقا على اعتاق احدهما
لهما انهما اذا كانا موسرين فان كلا منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق
يمنع الاستسعا عندهما الا ان الدعوى لم تثبت بسبب انكار الآخر والبراءة قد ثبتت بسبب اقراره
على نفسه واما اذا كانا معسرين فكل واحد منهما يدعي السعاية على الآخر لاعساره وان كان
احدهما موسرا والآخر معسرا فانه يسعى للموسر لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه
السعاية ولا يتبرأ منها ولا يسعى للمعسر لان المعسر يدعي الضمان على الآخر ليساره فيكون متبريا للعبد
عن السعاية والولا موقوف لان كلا منهما يحيله على صاحبه وصاحبه يتبرأ عنه فيتوقف الى ان يتفقا
وله ان كلا منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فكان مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة وحرم
عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمتنع عليه الاسترقاق ويستسعيه لتيقن حق الاستسعا كاذبا
كان او صادقا لانه مكاتبه ان صدق ورقيقه ان كذب ولا يختلف باليسار والاعسار لان حق الشاهد
حالتي اليسار والاعسار في التضمين والسعاية ان كانت له حجة والا تعين السعاية فان يسار المعتق
لا يمنع السعاية عنده والتضمين متعذر لانكار الشريك فتعين الآخر والولا لهما لان كلا منهما
يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي و شهادتهما
على الشريك الحاضر بعتق الغائب نصيب مردودة اذا شهد شاهدان على الشريك الحاضر بان الشريك

الغائب اعتق نصيبه من هذا العبد المشترك بيننا والحاضر ينكره لم يقض به وقالا يقضى به وهذا الخلاف
مبني على تجزي الاعتاق وعدمه فعندهما الاعتاق لا يتجزى فكانت هذه شهادة على عتق نصيب الحاضر
فيقضى بها وعنده يتجزى فكانت شهادة على الغائب بعتق نصيبه فلم يقض بها لان القضاء على الغائب
لا يجوز قال واذا اشتريا ابن احدهما فنصيب الاخر غير مضمون على الاب مطلقا وكذا اذا ورثاه
وللشريك العتق او السعاية وضمناه في الشرا مع اليسار واستسعيا مع الاعسار ه اذا اشترى رجلان
فاشتريا وثبت احدهما من يعتق عليه بالشراء فعتق نصيبه لا يضمن لشريكه شيئا سوا علم انه ابن
شريكه او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه وانما له ان يعتق نصيبه او يستسعي العبد لا غير وقالا في الشرا
يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه ان كان معسرا ولذلك
وكذلك اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية ومن صور الارث رجل يزوج امه امراة فاتت منه بولد
ثم مات وتزوج لسيده الامة ثم مات فتركت اباها وهذا الزوج فان الغلام يكون ميراثا لابيه واسها
يعتق نصيب الزوج لانه ابنه لهما انه ابطل نصيب شريكه بالاعتاق من حيث ان شرا القريب اعتاق
وصار كما لو كانا اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه حيث شاركه في علة
العتق وهو الشرا لان شرا القريب اعتاق فنزل منزلة الاذن له صريحا فلا يضمنه وهذا الضمان
ضمان افساد لا ضمان ملك في ظاهر قولهما وهو ظاهر الرواية عنه ايضا اما عندهما فلانه
يختلف الحال باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه واما
عنده فلان الحكم يدار على السبب وهو الشركة في الشرا فلا يتوقف على العلم كما اذا امر غيره باكل طعامه
هو له ولا يعلم انه ملكه وضمان الافساد اذا كان بطريق المباشرة قصدا لم يختلف اليسار والاعسار
واذا كان بطريق التسبيب يختلف فان كان موسرا كان متعديا لان لاحراز الثواب طريقا اخر سوى
هذا فلزمه الضمان لان ضمان التسبيب يعتمد التعدي وان كان معسرا لم يكن متعديا في اعتاق
نصيبه لانه لا طريق له لاحراز ثواب العتق الا هذا فلم يضمن   فلو بدا الاجنبي فاشترى
النصف ثم اشترى الاب نصفه الاخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شا ضمن الاب لانه لم
يرض بافساد نصيبه وان شا استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي
حنيفة لان اليسار لا يمنع السعاية وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما واذا اشترى نصف ابنه ممن يملك كله فلا ضمان على الاب للبايع عنده لما مر انه شاركه
في السبب وهو شرا القريب لا الشرا الا بمزيد من البيع قال ولو علقا عتقه بشرطين متنافيين
في محل واحد وحصل وجوده عتق نصفه وعليه السعاية في الباقي لهما مطلقا وقوله ان كانا معسرين
لا موسرين وبالربع للموسر منهما في ربع قيمته واوجبها في كله ان كانا معسرين لا موسرين وان ايسر احدهما فللموسر في

نصفه ه رجل قال لعبد مشترك بينه وبين اخر ان دخل فلان هذه الدار غدا فانت حر وقال
شريكه ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق نصفه بغير سعاية
وهو النصف الذي تحقق شرط عتقه ويسعى في قيمة نصفه لهما موسرين كانا او معسرين او كان احدهما موسرا
والاخر معسرا لعدم الاولوية وقال ابو يوسف ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين سعى في
نصف قيمته لهما وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى في ربع قيمته للموسر وقال محمد يسعى
في كل قيمته لهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين فلا يسعى اصلا وان كان احدهما موسرا والاخر
معسرا يسعى في نصف قيمته للموسر وهذا بنا على تجزي الاعتاق وعدمه وعلى ان يسار المعتق
يمنع السعاية عندهما وعنده لا يمنع الا ان محمدا خالف ابا يوسف حيث اوجب كل السعاية
لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول والقضاء على المجهول لا يصح وصار كما اذا قال لغيره لك على
احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشي للجهالة لكنا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان
احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف يمتنع القضا بوجوب الكل وهذه الجهالة ترتفع بالشيوع ع
والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان وكمن
طلق احدى نسايه الاربع قبل الدخول ثم مات قبل البيان سقط نصف الصداق للتيقن به
وان كان المقضي به مجهولا ولكن لما كان المقضي له معلوما جاز القضاء به وههنا المقضي له بسقوط
نصف السعاية معلوم وهو العبد فيجوز القضاء به وان كان المقضي عليه مجهولا والفرق بين مسئلتنا
والاقرار ان جهالة المقضي عليه بسقوط السعاية بنا على جهالة من قضي عليه بالعتق وجهالة المقضي
عليه بالعتق لا تمنع ثبوته اجماعا فكذا ما كان بناء عليه حكم التبعية بخلاف الاقرار لانه لم يصح وجب
للمال لم يجب ابتداء مع جهالة المقضي عليه واعتبار الحكم الثاني بالابتداء باطل ولو كانا حلفا
على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له
فتفاحشت الجهالة فامتنع القضا وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول
قال ولو ادعى مشتريه ان البايع كان دبره فانكر ثم جنى العبد فالجناية موقوفة وقالا تسعى ه
رجل اشترى عبدا ثم ادعى على البايع انه دبره قبل البيع وانكر البايع ذلك ثم جنى العبد جناية فالحال موقوف
وقالا يقضى بموجب الجناية في كسبه لهما ان موجب جنايته على المولى وكسبه مال المولى فاذا جعلناه في السبب
فقد جعلناه في مال المولى وله ان موجب جنايته على المولى وهو مجهول والقضاء على المجهول متعذر
قال ولو حلف بعتقه ان قيده رطلان وان لا يحل فشهدا بانه رطل فكبرى ثم حل عن
رطلين فالضمان عليهما ه رجل قيد عبده ثم حلف بعتقه ان قيده عشرة ارطال من الحديد ثم حلف
بعتقه ان لا يحله هو ولا غيره ثم شهد شاهدان ان في قيده خمسة ارطال لا غير فحكم القاضي

يعتقه ثم رجل عن قيده فاذا هو عشرة ارطال من الحديد وظهر انها كانت ثمانية قال ابو حنيفة
يضمنان قيمة العبد للمولى وقالا لا يضمنان وهذه المسألة فرع نفوذ قضاء القاضي بشهادة الزور
باطنا وظاهرا عنده خلافا لهما ويأتي في ادب القاضي فهما يقولان انه لم يعتق باطنا بهذا القضاء
المبني على شهادتهما الكاذبة وانما عتق بحله عن القيد فلا يضمن الشاهدان وهو يقول انه عتق بهذا القضاء
والشاهدان هما اللذان دفعا القاضي والجاءاه الى القضاء واذا نفذ قضاؤه باطنا لم يعتق بالحل عنده
فيضمن الشهود وعندهما هو عتق الى ان حل عنه وانما لم يضمن الشهود وان كان الحل بسببهما لان الحل
شرط العتق والحكم لا يضاف الى الشرط وانما يضاف الى السبب والسبب هاهنا قول المولى ان
حل عن القيد فهو حر ه قال ولو حكم به لشهادتهما ثم رجعا ضمنا فشهد اخران به قبله
فهي مردودة ه اذا شهد شاهدان بعتق عبد فقضى القاضي بعتقه ثم رجعا عن شهادتهما واخذ المولى
الضمان منهما ثم شهد شاهدان باعتاقه قبل شهادتهما لا تقبل شهادتهما ولم يبطل الضمان
عنهما عند ابي حنيفة وقالا يسقط الضمان عنهما وهذه المسألة بناء على اصلين احدهما ما تقدم من ان
القضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عنده والثاني ان الدعوى شرط من العبد في العتق
دون الامة على ما سنقف عليه عقيب هذه فعنده لما قضى القاضي بصدور الاعتاق منه يوم
الجمعة مثلا فقد حكم بازالة ملكه عنه حينئذ وذلك يستلزم قيام ملكه في العبد
حينئذ اذ الازالة تستلزم وجود المزال فيتضمن قضاؤه ثبوت الملك له فيه الى يوم الجمعة فيثبت
ظاهرا وباطنا فاذا رجعا اعترفا باتلاف ملكه في نفس الامر بشهادتهما فيضمنان ولا يسمع منهما
خلاف ذلك فلا يسوغ تثبيتهما بشهادة الاخرين بالاعتاق يوم الخميس وعندهما لما لم ينفذ القضاء
باطنا لم يثبت ملكه فيه الى يوم الجمعة فلم يكونا متلفين مالا له عليه في نفس الامر بشهادتهما بل
في ظن القاضي فاذا ارادا اظهار الخطا في ظنه باقامة الشهادة على العتق يوم الخميس ساغ لهما
ذلك دفعا للضرر عنهما ولان الدعوى عنده شرط اقامة الشهادة على عتق العبد والعبد حر
في الحال ظاهرا لحريته في حق الكل حتى لا يسمع دعوى احد فيه انه عبده لم يمكنه دعوى صدور العتق
منه يوم الخميس وتبيين تحريره ولانه دعوى حريته لا على وجه النيابة عنه لانها لم يسمع من العبد فكذا
من نائبه ولا على انه فضولي لان دعوى الفضولي لا تسمع في كل ما يشترط فيه دعوى العباد وعندهما لما لم
تتوقف الشهادة على العتق على دعوى العبد صحت اقامة البينة به فثبت بشهادتهما ان العتق كان
واقعا يوم الخميس فلم يكونا متلفين ملكه فيه فلا يجب عليهما الضمان قال ودعوى العبد
لا الامة في الشهادة بعتقه شرط وقالا الدعوى ليست بشرط لاقامة البينة بعتقه لان العتق
حق الله تعالى لكونه مندوبا اليه شرعا فلا يتوقف اثباته الى دعوى العبد لقيام دعوى الشرع

بحقه دائما كما في سائر الحقوق الشرعية وكما في عتق الامة وله ان العتق حق الله تعالى من
حيث انه مندوب اليه والعبد حق له ايضا لاستحالة استحقاق كلا المقتضيين او لان العبد هو المنتفع بالعتق فيكون
حقه فيشترط دعواه كسائر حقوق العباد والفرق بين العبد والامة ان عتق الامة يستلزم تحريم
الفرج والحرمة حق الشرع ولهذا لا تقبل الشهادة عنده على عتق احدى الامتين لان العتق المبهم
لا يفيد حرمة الفرج قال وهي على عتق احدها او احداهما مردودة ه اذا شهد شاهدا ن
على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ما ذكره في
العتاق ولو شهدوا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة بالاجماع ويجبر على ان يطلق احداهن
وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك ويؤمر بان يعتق احدهما واصل هذه
المسألة ما سبق ان الدعوى شرط عنده وعندهما لا فاذا كانت شرطا عنده لم يقبل بعتق احدهما
لان الدعوى من المجهول لا تتصور وعندهما ليست بشرط فصحت الشهادة اما في الطلاق فعدم
الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست شرطا فيها لاشتمال الطلاق على تحريم البضع
وحرمته حق الله تعالى واذا شهدا على عتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة وان كانت الدعوى
ليست بشرط في عتق الامة الواحدة لان عدم الاشتراط كان لتضمن تحريم الفرج مشابهة الطلاق
والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده كما سنقف عليه فصار كالشهادة على احد العبدين
وهذه من الزوائد قال في الهداية وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق عبده اما لو
شهدا انه اعتق احدهما في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه فاداء الشهادة في
مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وصية والعتق في مرض الموت وصية
والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت
فيهما فصار كل منهما خصما متعينا قال ووطء احداهما لا يكون بيانا ه اذا اعتق الرجل احدى
امتيه ثم وطئ احداهما لا يكون وطؤه لها بيانا ان الاخرى هي المعتقة وقالا يكون بيانا وتعتق الاخرى
وهذا اذا لم تعلق منه بولد فان وطئها فعلقت منه بولد كان بيانا بالاتفاق لانها صارت ام ولده
ومن ضرورة صحة امية الولد استحقاق العتق بامية الولد ينفي العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احدها ها
تعين في الاخرى بزوال المزاحمة لهما ان الاقدام على وطء هذه دليل الحل يستلزم بقاء ملك اليمين
فيها ضرورة عدم ملك النكاح فيكون وطؤها بيانا للعتق في الاخرى ضرورة تعين هذه لبقاء ملك اليمين
فيها كما في الطلاق وكما لو باع احداهما بانا اشترط الخيار لاحدهما او رهن وسلم او وهب
وسلم او تصدق وسلم او اجر او كاتب او اوصى او دبر او اعتق وله ان الوطء ذاته ليس بيانا
وهذا ظاهر ولا يستلزم لان الحل في هذه لا يلزم بقاء ملك اليمين فيها لجواز استفادة الحل بالنكاح

بخلاف الطلاق المبهم لان حل الوطء يستلزم قيام ملك المتعة فيها لاختصاص الحل به فتعينت الاخرى للطلاق وبخلاف ما استشهدا به من الاحكام لان نفاذ ملك التصرفات يستلزم قيام ملك اليمين لعدم تصورها دونه فنزل منزلة التصريح بالتعيين بها هي المملوكة لم ملك اليمين دلالة والدلالة منزلة الصريح عند قيام الدليل وهذا الملازمة ووجه اخر في الفرق بين الطلاق المبهم والعتق المبهم انه وقع التعارض بين المقتضي لاباحة وطيها والمقتضي لاختصاص الحرمة باحدهما غير عين فيجوز له وطيهما جميعا ويكون تعليقا للطلاق بالبيان كانه قال احداكما طالق على ان يكون التعيين الي فيكون بيانه انشاء على هذا التقدير فيجوز له وطيهما جميعا واذا وقع التعارض بين دليل الحرمة والاباحة في حق كل منهما قبل البيان اثبتنا حرمة كل منهما احتياطا لان الشبهة فيها ملحقة بالحقيقة في الحرمات واما في العتق المبهم وقع التعارض ايضا فاقتضى حرمة وطيهما جميعا كما في الطلاق المبهم الا ان الحكم الاصلي في الطلاق هو الحرمة والحكم الاصلي في الاعتاق ازالة ملك اليمين وزوال الحل وثبوت الحرمة بطريق التبعية لا بالاصالة فكان الاعتاق في اثبات الحرمة احط رتبة من الطلاق فلقلته كان شبهة في الطلاق شبهة الشبهة في العتق والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قال ولو قال لعبديه احدهما حر ثم باع احدهما او دبره او مات عتق الاخر ه رجل قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات احدهما او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر لانه بالموت لم يبق محلا للعتق اصلا وبالبيع لم يبق محلا للعتق من جهته وبالتدبير استحق الحرية بجهة التدبير فلم يبق محلا للعتق من كل وجه والعتق المبهم بمنزلة العتق المعلق بالشرط في حق المحل لا في حق الموقع لانه لو مات شاع العتق فيهما اما في حق المحل لم يبق في واحد بعينه فاذا ابطل محليته احدهما تعين الاخر لانه لم يبق محلا للبيان اذ في البيان حينئذ انشاء العتق ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد ابقاء الانتفاع به الى حين موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فيتعين له الاخر دلالة وكذا اذا استولد احدى الامتين لانه قصد ابقاء الانتفاع بها الى موته ولانها لم تبق محلا للعتق من كل وجه وحكم الايجاب العتق من كل وجه ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض او بدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد العاقدين لان قصده الوصول الى الثمن لا يختلف بوجوه البيع ولو عرضه على البيع فهو كالبيع فيما ذكر في رواية ابي يوسف والهبة والصدقة مع التسليم فيهما كالبيع لانه تمليك قال ولو قال احدكما حر فخرج احدهما ودخل ثالث فاعاده ومات مجهلا اي يعتق ربع الداخل وهما نصفه وعتق نصف الخارج وثلثة ارباع الثابت وان قاله في المرض يقسم الثلث على هذا ه رجل قال لعبد من عبيده دخلا عليه احدكما حر فخرج احدهما ودخل الاخر ودخل ثالث فقال احدكما حر ومات قبل البيان يعتق من الداخل اخر الاصفه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق ربعه واجمعوا انه يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلثة ارباعه لان الايجاب الاول دائر بين الخارج والثابت فاوجب

عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كل منهما النصف والايجاب الثاني اصاد ائر بين الثابت والداخل فيصف سهما ايضا الا ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالايجاب الثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب النصف الثاني بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول ومحمد يقول ان الايجاب الثاني دائر بين الثابت والداخل ثم لما افاد الثابت الا عتق الربع من الثابت والداخل لكل واحد ربع عتق رقبة وهما يقولان ان الايجاب الثاني افاد عتق رقبة من الخارج والثابت واصاب الثابت نصفه لكن نصف ذلك النصف الذي اصاب الثابت وقع بما عتق فلا يظهر اثره ونصفه وقع بما لم يعتق فظهر اثره على الوجه الذي بيناه والاستحقاق للداخل من قبيل مثبت فيه النصف واما اذا وقع منه ذلك المرض فان الثلث يقسم على هذه القسمة وذلك بان يجمع جميع سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن كل واحد من الاخريين سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعفي ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة اسهم فيخرج سهام العتق من الثلث فجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة اسهم ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فاستقام الثلث والثلثان اربعة عشر سهما سهام السعاية وسبعة سهام العتق وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة اسهم لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم فصار جميع المال ثمانية عشر سهما والباقي بالتخريج ما مر وهذه من الزوايد قال ولو اعتق عبيده الثلثة في المرض وهم ماله وقيمتهم سواء عتق من كل ثلثه وسعى في ثلثيه ولا يقرع ه مريض مرض الموت اعتق في مرضه اعبده الثلثة ولا مال له غيرهم وقيمتهم سواء ولم تجز الورثة عتق من كل عبد ثلثه وسعى في ثلثي قيمته للورثة وقال الشافعي عتق واحد منهم ويقرع بينهم فمن خرجت قرعته فالعتق له لان الاعتاق في مرض الموت وصية ونفاذها من الثلث والواجد هو الثلث وهو مبهم فيستخرج بالقرعة كما كان صلى الله عليه اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فسافر بمن خرجت قرعتها لانه كان له ان يخرج احداهن وهي مبهمة وكان يستخرجها بالقرعة ولنا انه اوقع العتق على الكل بالسوية فلا وجه لاعطاء بعض وحرمان بعض بل يشيع عتق واحد في الكل بالسوية بينهم والقرعة كانت لتطيب قلوب النساء اذ لا حق للكل في السفر لواحدة منهن وله تعيين واحدة منهن بمشيئته فكانت القرعة لتطيب نفوسهن لا لتمييز المستحق من غيره قال ولو قال كل مملوك املكه اذا اسقبل او اذا ملكته حر فعتقا مملوكا فهو حر او قال المكاتب او المعتق كل مملوك املكه اذا اسقبل او اذا فهو حر عتق المعتق والذي المكاتب بدل الكتابة ثم ملك عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوده فيصير كانه قال حين ملك عبدا بعد الحرية انت

حر فيعتق كما لو قال كل مملوك املكه اذا اعتقته فهو حر يعتق ثم ملك عبدا فانه يعتق كذا هذا
ولنا ان العبد المأذون والمدبر والمكاتب نوع ملك مجازي وهو الثابت في الحال وحقيقي وهو ما
ثبت بعد العتق والمجازي هو المراد لان اللفظ مرسل غير معلق بشرط العتق والمرسل لا يحتمل المعلق
لتناف بينهما ولكن يحتمل المقيد وليس هذا من باب التقييد بل من حمل المنجز على المعلق فان قوله
اذا اعتقت وحمل المطلق على المقيد يجوز لانه يحتمله وحمل المنجز على المعلق لا يجوز لعدم احتماله اياه
فلم يتناول الجميع مراده والملك المجازي لا يقبل العتق وصار كما لو قال كل مملوك املكه فهو حر يتناول القائم
للحال دون ما يملكه بعد العتق فكذا هذا وقد ذكر في المنظومة ان الحربي لو علق بهذا التعليق ثم اسلم
فملك فعتقه ببطلان وفيه نظر بان الاعتاق من الحربي صحيح عندهما منجزا كان او معلقا ذكر الفقيه
في شرح الجامع وقال امة حربية لحربي بحضرة حربي وعبيد في دار الحرب اعتق الامة فلها خيار العتق في
مجلس علمها وهذا دليل على جواز اعتاق الحربي والمذكور في السير الكبير ان اعتاق الحربي باطل بدليله
انه اعتقه ولم يخل سبيله وتأويل المذكور ههنا اعتقه وخلى سبيله فلذلك تركته من المنظومة ولو قال
ان كلمت زيدا فانت حر فادعاه زيد وشهد ابناه بردها وسمعها رجل قال لعبده ان كلمت زيدا فانت
حر فادعى زيد انه كلمه بعد التعليق وشهد ابنا زيد على ذلك لا تقبل شهادتهما عند ابي يوسف لان في ذلك
تصديق الاب وهو موضع التهمة وقال محمد تقبل لانهما شهدا على حرية العبد ولا تهمة في ذلك وقال
او ان تسريتك فيضيف طلب الولد الى ما شرطنا من التحصين بالوطء والبنوة والمنع من الخروج ٥ رجل
قال لامته ان تسريتك فانت حرة فالتسري عند ابي حنيفة ومحمد هو ان يحصنها ويبوئها ويطأها
ويمنعها من الخروج لخدمة خارج البيت وليس طلب الولد شرطا للتسري وقال ابو يوسف هو ما
بالامع طلب الولد لان التسري يفعل من السر وهو الاستتار ومعناه اتخاذ الامة سرية وهي واحدة
السراري ومعنى ان تسريتك ان طلبت ان تسري بالولد مني كقوله ... اي طلبه حال فقده فهي منزلة
من السر ولانها انما تسر وتسود اذا ولدت من مولاها ولان التسري يفعل من المضاعف
لا من معتل اللام فهي فعلية من السر الذي هو الجماع ومعنى التسري اعداد الامة ان يكون موطوءة فلا
يكون طلب الولد داخلا في التسري فادلاه اولى لان التغيير على خلاف الاصل فما كان خاليا عنه كان
اولى والسرية اذا كانت فعلية من السر كان خاليا من التغيير لانها الفعل الملحق بالنسبة منبه
ثنا الثالث واذا كانت من السرو فاما ان يكون فعوله او فعيله واياما كان ففيها تغييرات اما الاول
فانها سرووه قلبت الواو المشددة ياء مشددة وابدلت ضمة الراء كسرة وضعف عن الكلمة
واما الثاني فانها سرويه ... ضعيف غير الكلمة الثاني وياء واجتماع ... فانهم بالوا ليس
في الكلام فقيله قال اذا قال لامة غيره ان اشتريتك فاشتراها ووطئها الغينا التعليق ٥

اشتريتك وهو

اذا قال لامة غيره ان تسريتك فانت حرة فاشتراها وتسراها لم تعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يحل
الا في الملك وكذا الجماع فكان في معنى الاضافة الى الملك كقوله ان تسريتك فانت حرة وكقوله لاجنبية
ان طلقتك فعبدي حر في معنى ان تزوجتك وطلقتك ولنا ان صحة التعليق تعتمد قيام الملك او الاضافة
الى الملك كقوله ان ملكتك ونحوه وهي ليست في ملكه ومن التعليق وليس التسري عبارة عن الملك
ولا عن سببه فلم يصح التعليق كما لو قال لعبد غيره ان ضربتك فانت حر وهذا لان التسري لا يستعمل
مكان الملك ولا مكان سبب الملك وليس من ضرورات نفس التسري ليست ضرورة لان التسري لغة التحصين
والمنع من الخروج عند ابي حنيفة ومحمد وليس الملك من ضرورتها كما في ذات الرحم المحرم والوطء شرط
عندهما لتمام معناه عرفا وطلب الولد عند ابي يوسف لتمام معناه ايضا فالتحصين والمنع من الخروج والوطء
مع طلب الولد وبدونه قد يوجد بدون ملك الرقبة كما في ملك المتعة فلم يكن ذكر التسري ذكرا للملك
بخلاف الشراء لانه سبب الملك الرقبة وبخلاف ان طلقتك لان وزانها ان تسريتك فعبدي حر ولو قال
ذلك فتسراها بعد الشراء عتق عبده الذي كان ملكا له حالة التعليق وهذه ليست مملوكة له حالة
العتق فليست وزانها ولم يضف عتقها الى ملك الرقبة بطل شرط صحة التعليق فلغا ٥

فصل في التدبير

قال ولو قال اذا مت فانت حر او حر بعد موتي او مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لا يجوز
اخراجه عن ملكه الا بالعتق ٥ التدبير تعليق العتق بالموت على الاطلاق وهذه الالفاظ صريحة في
المعنى فانها لاثبات العتق عن دبر من الانسان وكذلك لو قال انت حر مع موتي او عند موتي او في موتي
او اوصيت اليك بنفسك او برقبتك او بثلث مالي لما مر فالحقنا الكلمات والشروط لابد من تقدمها فكان قال
بعد موتي وعند موتي تعلق العتق بالموت تستدعي وجوده اولا وفي موتي تعلق ايضا لان حرف الظرف
اذا دخل على الفعل صيره شرطا واما الوصية بالرقبة ونحوها فلان العبد لا يملك رقبته نفسه والوصية
تقتضي زوال ملك الموصي عما اوصى به وانتقاله الى الموصى له وانه في العبد حريته كقوله وهبت نفسك
منك او وهبتها لك واما الوصية بالثلث فلانه تمليك منه لثلث جميع ماله ورقبته من ماله فملكها فيعتق
وكذلك لو قال سهم من مالي لانه عبارة عن السدس ولو قال جزء من مالي لا يكون مدبرا لان الجزء
مبهم والتعيين الى الوارث فلا يكون الرقبة داخلة لا محالة واذا صح التدبير فحكمه ان لا يجوز اخراجه
عن الملك ببيع ولا هبة لكن بالعتق كما في الكتابة لقوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب
وهو حر من الثلث والمعنى فيه انه مملوك علق عتقه بمطلق موت سيده فلم يجز بيعه كام الولد وهذا
لان الموت كائن لا محالة وهو سبب الخلافة الا ترى ان الوارث خلف المورث بعد موته في تركته وهو
بهذا التعليق ثبت للمملوك في الحال الخلافة في رقبته بعد موته فيكون الحاقا بما في الحال باعتبار وجود

سببه على وجه يصير محجورا عن ابطاله كما ان الموت لما كان موجبا للخلافة للوارث في التركة وسببه المرض
ثبت لهم نوع حق بهذا السبب على وجه صار به محجورا عن التبرع وهذه الخلافة في العتق الذي لا يحتمل الابطال ل
بعد ثبوته فيتقوى هذا السبب من وجهين ان المعلق به ما لا يحتمل الابطال والثاني ان التعليق بما هو كائن
لا محالة وانه يوجب الخلافة فيجعله القوة فلنا منع ابطاله والرجوع عنه ووجه آخر هو ان التدبير انما صح
باعتبار انه وصية له برقبته لا من حيث انه تعليق بدليل انه يعتق بعد الموت مع ان التعليق بزوال الملك لا يصح كما
لو قال ان بعتك فانت حر والوصية ينعقد سببا للملك في الحال لان الايجاب متى صح انعقد سببا للحال كما اذا
نذر ان يتصدق بدرهم غدا ينعقد سببا في الحال حتى صح تعجيله ومتى انعقد سبب ملك لرقبته انعقد
سبب العتق واذا انعقد سبب العتق انعقد لازما لا يملك فسخه بالرجوع عنه نصا كذا بالبيع ووجه
آخر في الفرق بين هذا التعليق وغيره ان هذا التعليق سبب في الحال لانا لو جعلناه سببا عند وجود
الشرط فكان انعقاد السببية حالة بطلان الاهلية وانه ينافي انعقاد السببية فلم يمكن تأخير السببية
بخلاف ساير التعليقات فان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمنع في شرط اليمين مانع من وصول الكلام الى
المحل والمنع هو المقصود وامكن تأخير السببية الى زمان وجود الشرط لقيام الاهلية عند وجوده
فافترقا وقد مرت هذه المسئلة في كتاب البيوع مع خلاف الشافعي فيها قال ويجوز استخدامه
واجارته ووطيها وتزوجها لان هذه التصرفات وهو ثابت في المدبر قال ويعتق من الثلث
ان خرج منه وان لم يخرج يسعى بحسابه وان كان لمولاه مديونا يسعى في كل قيمته لان التدبير وصية لانه تبرع اضيف
الى ما بعد الموت والحكم غير ثابت في الحال فيعتق من الثلث كساير الوصايا حتى اذا لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي
قيمته وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لوجوب تقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب
رد قيمته قال ولو قال لعبده ومدبره احدكما حر والآخر مدبر يعني يعتق القن واشاعها بينهما
رجل قال لعبده ومدبره احدكما حر والآخر مدبر قال ابو يوسف عتق القن والمدبر على حاله لانه يصلح اخبارا
ان اراد بالاول القن وانشاء ان لم يرده به فلا يثبت كونه انشاء بالشك وكونه اخبارا حقيقة فيحمل عليه
كما لو عكسه وقال محمد اذا مات من غير بيان يسعى بالعتق فيهما ويصير نصف القن مدبرا ايضا وقيل هو
قول ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان الايجاب الاول انقسم عليهما لحاجتهما الى العتق وقوله والآخر
مدبر عطف عليه والاول انشاء والثاني صالح لذلك فيجعل انشاء لا اخبارا لان قوله والآخر مبهم ضرورة
انه عبر عنه بما هو المراد بقوله احدكما في الايجاب الاول وذلك انشاء للعتق في المبهم ومعنى قوله والآخر مستفاد د
منه فيكون مبهما والمدبر المعروف معين والمعين غير المبهم ولهذا لو قال احدكما مدبر والآخر حر
عتق لان الاول صالح للاخبار ولا صارف عنه فحمل عليه والثاني انشاء للعتق في الآخر لعدم
صلاحه للاخبار واما في مسئلتنا فوجد الصارف عن الحمل على الاخبار وهو كونه معطوفا على

على ما هو انشاء مع صلاحيته للانشاء قال ولو اعتق احد الشريكين ودبر الآخر معا عتق ويغرمه
نصف قيمته قنا لا مدبرا ه عبد بين شريكين اعتقه احدهما ودبره الآخر معا عتق كله ويضمن المعتق لشريكه
نصف قيمته قنا عند ابي يوسف لان العتق اقوى من التدبير فيدفعه فصار المعتق متملكا نصيب شريكه فلزمه
قنا وقال محمد يضمن نصف قيمته مدبرا لان العتق والتدبير ثبتا معا لوجود سببهما ثم غلب العتق على التدبير
لكونه اقوى منه فيصير كله معتقا باعتاقه فلزمه ضمان ماله الذي للمدبر في نصيبه فعلا للتدبير دونه قنا
اماته المدبر بتدبير نصيبه منه قال ولو اسلم مدبر الذمي جعلناه يعتقه فعلا لسعايته لا تعلمها ذمي دبر
عبده الذي فاسلم العبد يحكم عليه بان يسعى في قيمته لمولاه ويكون حكمه حكم المكاتب وقال زفر السعاية
عتق وقال زفر يعتق في الحال ويسعى في قيمته لانه اذا لا له باستدامة ملكه لكان نزعليه الى ان يؤدي السعاية
لا يجوز ولنا انه بعد انقضاء ملكه بالاسلام وملك الذمي معصوم فلم يمكن ازالته مجانا فكان كالمكاتب
احق بنفسه وكسبه مصونا عن ذل استخدامه مطويا باكتساب المال الذي يدفعه الى الذمي لينال
هو شرف الحرية والذمي عوض ماليته القائمة به نظرا للجانبين وهذا اولى من ازالة الاملاك والمال في ذمة المفلس
توى ويكون فيه اضرارا بالذمي وكان كان له ملكه عنه لا الى بدل والبدل الحاصل بامان السعاية ليس الا انه
ملك لم يزل بالاسلام لا يوجب ازالته بدليل استغلاله على العبد والمدبر والمكاتب مع اسلامهم وانما الواجب
دفع ذل استخدامه اياه قهرا وقد اسوي بعد له مكاتبا قال وان علقه بموته على صفة لم يكن مدبرا
فان تحقق المجموع عتق كالمدبر اذا قال ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز
بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة فانها ليست مما يجب وجودها لا محالة بخلاف
المدبر المطلق لانه معلق بالموت الكائن قطعا فان تحقق المجموع اي الموت على تلك الصفة التي علق العتق بوجودها
عتق كما يعتق المدبر يعني من ثلث المال لثبوت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة
ومن التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين وان قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش غالبا الى مثلها
كان مدبرا لانه كالكائن لا محالة قال او ان مات فلان او انا فانت حر او قبل موتي بشهر او بيعه
رجل قال انت حر ان مات فلان وانا او قال ذلك ولكن هذا ليس بمدبر يجوز بيعه وقال زفر هو مدبر لا
يجوز بيعه لانه علق عتقه بموته لانه علقه بموت احدهما وقد كان تعليقا بموته لا محالة ولنا
انه علقه بموته ولكن على صفة ان لا يتأخر عن موت فلان فكان بمنزلة قوله ان مت من مرضي هذا فانت حر
فكان مدبرا مقيدا وحكمه حكم المعلق بالشرط واذا قال له انت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر ايضا ويجوز
بيعه وقال زفر هو مدبر لتعلق ظهور عتقه بموته ولنا ان هذا الكلام حين صدوره من المولى لم يثبت
مدبرا مطلقا لان عتق المدبر لا يتقدم الوقوع عند موت المولى في التدبير المطلق وهنا لا يعتق بالموت لو مات
قبل شهر من هذا الكلام فلم يكن مدبرا مطلقا حين صدوره فبطل تدبيرا مطلقا من دون موجب رحمه الله

قال ا

فصل في الاستيلاد

قال اذا اتت بولد من مولاها فاعترف به ثبت نسبه لا بالاقرار بوطيها ش الاستيلاد لغة
هو طلب الولد مطلقا وفي الشريعة طلب الولد من الامة وكل امة ثبت نسب ولدها من مالك لها
او لبعضها فهي ام ولد له لان الاستيلاد لثبوت الولد فاذا ثبت الاصل ثبت الفرع الذي هو امومية
الولد وثبوت نسبه منه بالدعوة وقال الشافعي اذا اعترف بوطيها ثم اتت بولد ثبت نسبه منه
لان النسب ثبت في المنكوحة بالعقد المفضي الى الولد بواسطة الوطء فلان يكون الوطء بعينه مع الشرع
افضا مثبتا للنسب اولى ولنا انه لا فراش لها لان المقصود من وطي الاما غالبا قضا الشهوة
دون الولد فان الاشراف يستنكفون عن وطء الاما تحرزا عن تحصيل الولد منهن الى اختيار الحراير
وهذا كان له العزل في الامة دون الحرة لان المراد من الزوجة طلب الولد غالبا قال عليه السلم
تناكحوا تكثروا فاشترا الى الغرض الاصلي وشرعية النكاح ثم ان كان يطاوها ولا يعزل عنها لا يحل
له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى ويلزمه الاعتراف به اذ الظاهر انه منه وان لم يكن حصنها وعزل
عنها جاز له النفي لتعارض الظاهرين وعن ابي يوسف ان كان يطاوها ولم يحصنها احب الى ان يدعيه
لجواز كونه منه فنفيه بالشك وقال محمد احب الى ان يعتق ولدها ويستمتع بها فاذا مات اعتقها اما
عدم الالتزام فلعدم وجوبه بالشك واما بالعتق فلانه يحتمل انه عبد وانه حر فلا يسترقه بالشك واما
الاستمتاع بالام فانه مباح له وان نفى نسبه واما الاعتاق بعد الموت فلئلا يسترق بالشك
قال فان ولدت بعد ذلك ثبت من غير دعوة وينتفي بمجرد نفيه ش لانه لما ادعى الاول
تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقود عليها الا انه اذا نفاه انتفى بقوله من غير لعان
لان فراشها ضعيف الا ترى انه يقدر على ابطاله بالتزويج فينفرد بنفيه بخلاف المنكوحة لقوة
فراشها فلا ينتفي ولدها الا باللعان قال ولا يجوز اخراجها من ملكه الا بالعتق ش ام الولد
لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها بوجه من الوجوه والاصل فيه انه صلى الله عليه وسلم اعتق
امهات الاولاد من جميع المال وقال لا يبعن وخطب عمر رضي الله عنه فقال الا ان بيع امهات الاولاد
حرام ولا رق عليها بعد مولاها وعن سعيد بن المسيب انه صلى الله عليه وسلم امر بعتقهن وان لا يبعن في
الدين ولا يجعلن من الثلث وعن علي رضي الله عنه اجتمع رايي وراي عمر في نفر من اصحاب رسول الله
صلى الله عليه على عتق امهات الاولاد ثم رايت بعد ان يبعن في الدين فقال عبيدة السلماني رايك وراي
عمر في جماعة احب الينا من رايك في الفرقة فقال رضي الله عنه ان السلماني لفقيه فرجع عن ذلك
ولان الحرية ثابتة بواسطة الولد من الواطي والموطوءة وبعد الانفصال تبقى الحرية حكما فاوجب ذلك
حكما مؤجلا الى ما بعد الموت لضعف السبب لان هذه الحرية الثابتة حكما هي بواسطة نسبة الولد

والنسب ثابت من جهة الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن الا ترى ان الحرة اذا ملكت
زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها لان النسب مضاف اليه وثبوت العتق الموصل الى ما بعد الموت
ثبت لها حق ادنى في الحال وحق العتق مانع من جواز البيع ومن اخراجها عن ملكه بانواع التمليك ويوجب
عتقها بعد موته وكذلك اذا كانت بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى لان الاستيلاد
فرع على النسب والنسب لا يتجزى قال ويجوز استخدامها واجارتها ووطيها وتزويجها
لان الملك فيها قايم فاشبهت المدبرة وحق العتق غير مانع من هذه الاحكام قال
فان ولدت من زوجها تبعها في حكمها ش لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد
الحرة حر وولد القنة قن ونسبه ثابت من الزوج لقيام فراشه قال ويعتق من جميع المال
ولا تسعى من دونه لما روينا من حديث سعيد ولان الولد من الحوائج الاصلية والحوائج الاصلية مقدمة
على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير فانه وصية لانه من الحوائج الزائدة ولا سعاية
عليها في دين المولى للغرما لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة
فلا يتعلق بها حق الغرما بخلاف المدبر لانه مال متقوم قال وهي غير متقومة ش ام الولد
لا قيمة لها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لا تضمن بالغصب ولا باعتاق احد الشريكين واذا مات
احد مواليها تعتق ولا تسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لها قيمة وتضمن بالغصب وباعتاق
احد الشريكين وتسعى اذا مات احد مواليها وقيمتها ما تقومها به رجلان من اهل البصارة يوم الاسيا
وهي ثلث قيمتها قنة لفوت منفعة التمليك ومنفعة قضاء دين المولى وبقاء منفعة الاستخدام لهما
ان الثابت لها حق الحرية لقوله عليه السلم في مارية حين ولدت ابرهيم عليه السلم اعتقها ولدها
اي حصل لها العتق بسببه والمراد عتاقها بعد موته لانه عليه السلم كان يطا مارية بدون
عقد نكاح فقلنا ثبوت حق العتق في الحال مع حرمة بيعها الحاقا بحقيقته في تحريم البيع وحق
العتق يؤثر في حرمة البيع دون اسقاط التقوم كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا
اسلمت تسعى في قيمتها وانه دليل التقوم وله ان سبب ثبوت العتق لها وهو قوله
عليه السلم اعتقها ولدها منجزا وانه يقتضي تنجز الحكم ايضا الا ان العتق تاجل لحاجة
المولى الى الانتفاع بها مدة حياته ولم يتاجل سقوط تقومها الذي يقتضيه النص لانتفا
الحاجة الى بقا التقوم للانتفاع بها فسقط تقومها وتاجل عتقها وهذا بخلاف المدبر
لان الاصل فيه ان يكون الحكم بعد الموت لوجود الاضافة الى ما بعد الموت وانما قلنا
بوجود السبب في الحال بحكم الضرورة وهي اضافة التصرف الى زمان بطلان الاهلية
فوقع التراخي بين السبب والحكم لنقل السببية الى زمان التعليق بدون نقل الحكم فصار سببا

شيئًا للحال فقد لحق الحرية المانع من تمليكه لا غير أما أم ولد النصراني إذا أسلمت فقد
حكمنا لها بالمكاتبة عليه رعاية للحقين وذلك لأن الكتابة تجب مقابلًا لما يبس لها وهو
سلامة الأكساب وإنما قدرنا بدل الكتابة بقدر قيمتها لو كانت لها قيمة لأن ذلك أعدل
ولا يلزم من هذا بقاء التقوم قال ـــ ولو هلكت هي أو مدبرة عند المشتري فهي غير مضمونة
رجل باع أم ولده أو باع مدبره وقبض المشتري فهلكت في يده لا شيء على المشتري عند أبي حنيفة
وقالا يجب قيمته لأن البيع وإن كان غير صحيح إلا أنهما مقبوضان بجهة البيع فيضمنان لأن المقبوض
بجهة البيع ملحق بالمقبوض بالبيع الفاسد كالمقبوض على سوم الشراء إذا عين ثمنه وله أن جهة
البيع إنما تلحق بحقيقة البيع الفاسد عند تصور حكم البيع الفاسد وهو الملك بالقبض وههنا
لا يتصور حكمه فامتنع الإلحاق فامتنع الضمان قال ـــ وإذا نكح أمة فولدت ثم ملكها تجعلها
أم ولد له وقال الشافعي لا تصير أم ولد له فيبيعها ولو كان استولدها بملك يمين ثم استحقت
ثم ملكها تصير أم ولده عندنا وللشافعي فيه قولان وهو ولد المغرور وله فيها حين علقت
برقيق فلا يكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لأن أمومية الولد
تثبت باعتبار العلوق بالولد حرًا لكونه جزءًا للأم في تلك الحالة والجزء له حكم الكل ولنا
أن السبب هو الجزئية الثابتة بينه وبينها بانتساب الولد إلى كل من أبويه كملا على ما عرف
تثبت الحرية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لأنه لا نسب للولد فيه إلى الزاني وإذا لم
يثبت النسب لم تثبت الجزئية لأنها باعتباره قال ـــ ولو وطئ جارية ابنه فولدت
فادعاه صارت أم ولده وضمن قيمتها لا قيمة ولده ولا يوجب عقرها رجل وطئ
جارية ابنه فأتت بولد ثبت نسبه منه وكانت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه قيمة
ولدها ووجه ذلك أن للأب تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة
إلى صيانة الماء إلا أن الحاجة إلى إبقاء نسله دون حاجته إلى إبقاء نفسه فلهذا تفاوت
حال ملكه فيملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ثم هذا الملك يثبت له قبيل استيلاده
شرطًا لصحته لأن المصحح للاستيلاد إما حقيقة الملك أو حقه كوطء الغازي المسبية قبل
القسمة وكالمشتري شراء فاسدًا وكالمرهون وليس للأب حقيقة الملك ولا حقه ألا ترى أن
له التزوج بها فيجب تقديم الملك مصححًا للاستيلاد فتبين أن الوطء لاقى ملكه فلا يلزمه
مهر مثلها وقال زفر والشافعي يجب المهر بناء على ثبوت الملك له حكمًا للاستيلاد لا شرطًا
والحكم يعقبه كما في الجارية المشتركة والفرق عندنا بين المسئلتين أن المصحح للاستيلاد في
المشتركة ثابت في الحال وهو ملك نصفها وهو كاف إلا أن الاستيلاد لما لم يكن متجزيًا صار متملكًا

نصيب شريكه حكمًا للاستيلاد وفي مسئلتنا مست الحاجة إلى تقديم الملك لصحة الاستيلاد
فكان شرطًا قال ـــ ولا يثبت بوطء الجد مع بقاء الأب لا يثبت نسب الولد بوطء الجد مع بقاء
الأب لأنه لا ولاية للجد حال وجود الأب ولو كان الأب ميتًا ثبت من الجد كما يثبت من
الأب لظهور ولايته حينئذ وكفر الأب ورقه بمنزلة الموت لكونه قاطعًا للولاية
قال ـــ ولو ادعاه أحد الشريكين ثبت نسبه وصارت أم ولد له وضمن نصف عقرها
ونصف قيمتها لا قيمة الولد إذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما
ثبت نسبه منه لأن الاستيلاد لا يتجزأ بناء على أنه فرع ثبوت النسب ولما ثبت نسبه في
نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة عدم التجزي وصارت أم ولد له أما عندهما فالاستيلاد
لا يتجزى وعند أبي حنيفة رحمه الله نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه لكونه قابلًا
للملك وضمن نصف قيمتها لأنه استكمل استيلادها بتملك نصيب الشريك وضمن نصف
عقرها لأنه وطئ جارية مشتركة والفرق بينه وبين وطء الأب جارية ابنه أن الملك فيه ثبت
شرطًا لصحة استيلاد الأب فيتقدمه فكان واطئًا ملك نفسه فلم يجب العقر وههنا ما له
من الملك فيها كاف لصحة الاستيلاد فلم تمس الحاجة إلى تقديم الملك في نصيب الشريك على الوطء
فكان واطئًا جارية مشتركة فيجب نصف العقر ولا يغرم قيمة الولد لأن النسب يثبت مستندًا
إلى وقت العلوق فلم يعلق شيء منه قال ـــ ولو ادعياه ثبت منهما ولا يعتبر القائف
وتصير أم ولدهما ويغرم كل منهما نصف العقر قصاصًا ويرث من كل منهما كابن ويرثان منه
كأب رجلان لهما جارية فأتت بولد فادعاه كل منهما ثبت نسبه منهما إذا حملت به على ملكهما
وقال الشافعي يعتبر قول القائف في إلحاقه بأحدهما وإثبات خلافه من الزوائد لـه
أن إلحاق النسب بشخصين مع العلم بأن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر وقد وردت السنة
بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سر بقول القائف حين ألحق أسامة بن زيد بأبيه لما نظر
إلى أقدامهما فقال بعضها من بعض يوجب الرجوع إليه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى
شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثله ولأنهما استويا
في سبب الاستحقاق استويا فيه والنسب وإن كان مما لا يتجزى لكن يتعلق به أحكام يقبل التجزي
تثبت في حقهما مما يتجزى على التجزئة وما لا يتجزى يثبت في حق كل منهما على الكمال كأن ليس
معه غيره إلا إذا كان أحد الشريكين أب الآخر أو كان مسلمًا والآخر ذميًا فإن المسلم أحق لوجود
المرجح وهو الإسلام والأب أحق لما له من حق التملك في مال الابن وأما سرور النبي صلى الله عليه

وسلم بقول القائف فلان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم
فسُرّ به وصارت الامة ام ولدهما لصحة دعوة كل واحد من الشريكين في نصيبه في الولد فيصير
نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث
ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان
الابوان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب وهو الشركة في الجارية لان كل منهما
يملك نصفها لا مزية لاحدهما على الآخر كما اذا اقاما البينة على ملك كل منهما نصيبا منها فانه
يقسم بينهما قال ـــ واذا وطي جارية مكاتبه فولدت فادعاه فان صدقه ثبت نسبه وضمن
عقرها وقيمته ولا تصير ام ولد والاملا ه المولى اذا وطي جارية مكاتبه فان صدقه المكاتب
ثبت نسبه من المولى وعن ابي يوسف انه يثبت من غير تصديق كما في الاب يدعي ولد جارية ابنه ووجهه
الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب المكاتب حتى لا يتملكها والاب يملك تملكه ولا يعتبر
تصديق الابن وعليه عقرها لان الملك سبقه فان ماله فيها من الحق وهو انه كسب كسبه كاف
لصحة الاستيلاد فيجب العقر وعليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور لانه اعتمد دليلا وهو انه كسب
كسبه فلم يرض برق ولده فكان حرا بالقيمة دفعا للضرر عنه وعن المكاتب ثبت نسبه
منه ولا تكون الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب
في النسب لم يثبت لان تصديقه معتبر لما مر قال ـــ ولو ادعى استيلاد شريكه فانكر فهي
بالسعاية له في نصف قيمتها وقالا تخدمه يوما لا يوما ه شريكان في امة ادعى احدهما
ان شريكه استولدها فانكر الآخر قال محمد رحمه الله تسعى للمنكر في نصف قيمتها فاذا ادت
عتقت لان المقر افسد نصيبه ونصيب شريكه ونفذ في النصيبين فوجبت السعاية كما لو اعتقه
وهو معسر وليس للمقر عليها سبيل لانه يزعم انها ام ولد الآخر ولا ضمان ولا سعاية لي
عليها فان الواجب لي ضمان الاستيلاد على المستولد موسرا كان او معسرا لكنه لم يصدق
على شريكه واذا سعت نفذ استقلالا ما كان للمنكر منها الى السعاية يعتق نصيبه كالمكاتب
يؤدي بدل الكتابة وكام ولد النصراني اذا سعت بعد الاسلام في قيمتها ومتى عتق بعضها عتق
كلها لان ذلك لا يتجزى عنده وقال ابو حنيفة وابو يوسف هي ام ولد موقوفة تخدم المنكر
يوما وترفع عنها الخدمة يوما ولا سبيل للمقر عليها ونصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف
ونفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصفها على المنكر لان ملكها في النصف ظاهر
وفي الآخر مشتبه لان المنكر يقول لي نصف خدمتها والمقر يقول لك كل خدمتها لانها ام ولدك
تخدم المنكر يوما لانهما اتفقا على ان له ذلك وترفع الخدمة عنها يوما لان المقر اسقط

حقه في ذلك وزعم انه للمنكر وقد جحده المنكر وترفع عنها نصف الخدمة الذي
سفيه ويلزمها نصف الخدمة الذي توافقا عليه قال ـــ فان جنت هذه فنصف الارش
على المنكر والنصف موقوف ويوجب الموقوف في كسبها واوجب الكل فيه ه اذا ادعى
احد الشريكين على الآخر انه استولد الجارية المشتركة فجحد ثم جنت الجارية كان على المنكر
نصف موجب جنايتها ويوقف النصف الآخر عند ابي حنيفة لان النصف على المنكر بقي لان
المدعي ان كان صادقا فالكل على المنكر وان كان كاذبا فعليه النصف والنصف الآخر موقوف لان نصفها
موقوف وقال ابو يوسف يؤدي ذلك النصف من كسبها لانه في مال مولاها وكسبها مال مولاها
وقال محمد يؤدي كل موجب جنايتها من كسبها لان عنده ان الامة لا تخدم المنكر ولكنها
تسعى على ما مر وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة في الخدمة لا في الجناية قال ـــ ولو ولدت
فباعها فادعاه اب المولى لم يحكم بثبوته منه وبغرمه قيمته ه اذا ولدت الامة ولدا ثم باعها
المولى او وهبها وسلمها او كاتبها ثم ادعى اب المالك نسبه قال ابو حنيفة ومحمد لا يصح دعوته ولا
يثبت نسبه منه وقال ابو يوسف يصح دعوته ويثبت نسب الولد منه ويعتق الولد ويغرم الاب قيمته
للابن لان الاصل هو الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وامتناع صحة الدعوى في التبع لا يمنعها
في الاصل والولد قائم على ملك الاب صحت دعوته فيه ويثبت نسبه ويكون حرا بالقيمة لان الاب لما لم
يملك الام لوجود المانع لم يمكن جعله حرا بالاصل فوجب جعله حرا بالقيمة كولد المغرور وصار كالاب
يدعي ان الولد منه بعد بيع الامة ولهما ان شرط صحة الدعوة قائم وهو شيئان قيام حق تملك الامة
من حين العلوق الى حين الدعوة من غير انقطاع ليمكن الاستناد وكون المحل قابلا لنقل الملك وقد فات
الاول بالبيع لزوال ولاية التملك لاستلزامه قيام ملك الابن بخلاف الابن لان له حق الاستيلاد
لوجود العلوق في ملكه وهذا الحق لا يبطل بالبيع لانه راجع الى النسب وهو لا يحتمل البطلان وملك المشتري
يحتمله وحق الاب في التملك يستدعي قيام ملك الابن والبيع لم يبق ماله فبطل حق تملكه ضرورة
وملك المشتري حقيقة لا يبطل لاجل ما كان للاب من هذا الحق قبل البيع اذا الولد في الحال لا يعارض
الثابت في الحال فلم يصح دعوة الاب بعد البيع وان صح دعوة الابن بعده ولهذا ينقض البيع فيها بدعوته
ان لم يعترض مانع كعتق او استيلاد من المشتري ولا ينقض البيع فيها بدعوى اب البائع الولد بحال وازنا
وكذلك بالكتابة لانها مانعة عن انتقال الملك ه

فصل في المكاتب

قال ـــ ومن كاتب عبده على مال مقبلا صار مكاتبا ه عقد الكتابة مستحب مندوب اليه
قال الله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وليس الامر للايجاب بالاجماع والمراد الندب اذ لو

حمل على الاباحة لتعطل معنى الشرط لان الندب يتعلق به والاباحة حاصلة بدونه والمراد بالخير
ان لا يضر بالمسلمين بعد عتقه فان غلب على ظنه انه يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو كاتبه صح وعلى جواز
الكتابة انعقد الاجماع فاما شرط قبول العبد لانه مال يلزمه فلا بد من التزامه وذلك بالقبول
ولا يعتق الا باداء جميع البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير
فهو عبد وقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فاذا ادى عتق وان لم يقل المولى
عتقه بالاداء لانه موجب العقد فيثبت من غير شرط كما في البيع قال ـــ ولا يوجب حط شي من
البدل اذا ثبت بدلا للكتابة فلا يجب ان يحط منه شي وقال الشافعي يجب حط شي منه وقدره
بعض اصحابه بربع البدل وبعضهم بماله خطر في العرف واعتباره في الشرع لقوله تعالى واتوهم
من مال الله الذي اتاكم اي من بدل الكتابة بدلالة العطف على قوله فكاتبوهم ولنا ان العطف
يقتضي الاشتراك والامر بالكتابة للندب فكذلك ما عطف عليه ويجوز ان يحمل على مال الصدقة
فينصرف الى المكاتب عنده وهذا سائغ في اللغة ولان عقد الكتابة يقتضي ايجاب البدل لا اسقاط
بعضه قال ـــ ويجوز منجما ومؤجلا ويجزيه حالا ش يجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا
ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا لان المقصود هو اداء المال الى المولى ولا سبيل له اليه
الا بالكسب لعجزه بدونه لعدم اهليته بسبب الرق ولا مال له في يده فاشتراط التعجيل يخل بما هو المقصود
فلا يصح اشتراطه لانه مبطل بخلاف السلم الحال عنده لثبوت اهليته للاداء فكان احتمال القدرة ثابتا
لحتما لا ظاهره دليله وهو الاقدام على العقد ولنا ان النص مطلق فيجب حمله على اطلاقه فيصح من غير
شرط التنجيم ولان الكتابة عقد معاوضة والبدل فيها بمنزلة الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة
عليه بخلاف السلم على اصلنا اذ المسلم فيه معقود عليه فاشترطنا القدرة عليه ولان مبنى الكتابة
على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة في الحال وفي الكتابة الحالة
يرد في الرق للامتناع عن الاداء لان العجز عن الاداء يوجب الرد في الرق قال ـــ ومن صغر عاقلا ش
يجوز الكتابة من العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشرا لتحقق الايجاب والقبول فان العاقل من اهل القبول والتصرف
نافع في حقه فجاز وخلاف الشافعي فيها مبني على مسئلة اذن الصبي بالتجارة وانما شرطنا عقله لانه
اذا لم يعقل العقد لم يكن من اهل القبول والعقد يتوقف عليه الا ترى انه لو ادى عنه لا يعتق ويسترد
ما دفع قال ـــ ويخرج عن يد المولى دون ملكه اذا صحت الكتابة فحكمها ان يكون العبد خارجا عن يد المولى
دون ملكه فيكون احق بمنافعه واكسابه لان المقصود من هذا العقد وصول العبد الى شرف الحرية بوصول
البدل الى المولى ولا يتحقق ذلك الا بقطع الحجر عنه وثبوت حرية اليد ليتمكن من التجارة والكسب ويؤدي
عتق هو واولاده بعتقه وخرج عن ملك المولى بالاداء كما خرج عن يده بالعقد قال ـــ فيضمن ماله

بالاتلاف والعقر بوطيها والارش بالجناية عليها او على ولدها ش اما ضمان المال بالاتلاف فلان الكتابة لما
تنزل المولى منه منزلة الاجنبي عنه ولانه لو لا ضمانه بالاتلاف لكان له الاتلاف مجانا فيمتنع اداء البدل فلا
يحصل المقصود بالعقد واما وجوب العقر بوطء مكاتبته فلانها احق بمنافعها باجزائها تحقيقا لما هو
المقصود من العقد وهو وصولها الى الحرية بواسطة الاداء ولهذا لو وطيت بشبهة او جني عليها كان عقرها
وارش الجناية لها قال ـــ وان اعتقه سقط البدل ش اذا اعتق المولى عبده المكاتب نفذ عتقه
لقيام ملكه في رقبته وسقط عنه مال الكتابة لحصول المقصود بدونه وهو العتق ولذلك لو ابراه عن
البدل او وهبه منه فانه يعتق سوا قبل او لم يقبل لانه اتى بمعنى العتق وهو الابرا من البدل او باسقاطه
عنه لكنه اذا رد العبد لا يبطل عتقه ويبقى المال دينا عليه لان هبة الدين مما يرتد بالرد وليس العتق
كذلك والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى
العتق بغير بدل مع سلامة الاكساب ولانها تبقى الكتابة في حق ذلك قال ـــ ولو اختلفا
في قدره فالقول للعبد وقالا يتحالفان ش اذا اختلف المولى والعبد في مقدار ما كاتبه عليه من
المال فالقول قول المكاتب مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وهو قوله الاول
لان عقد الكتابة قابل للفسخ فصار كالبيع والاجارة والاختلاف في ذلك يوجب التحالف وله
قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر والمنكر هو العبد والتحالف في البيع ثابت على
خلاف القياس فلا يقاس عليه ما ليس في معناه من كل وجه والكتابة ليس في معناه لانها مبادلة
مال بغير مال قال ـــ ويتصرف كالمأذون ولا يمنع لمنع المولى ش المكاتب المأذون في
جميع التصرفات فيملك البيع والشرا لان موجب الكتابة ثبوت حرية اليد فيستلزم ملك التصرف على
وجه يوصله الى مقصوده وهو الحرية باداء البدل والبيع والشرا من هذا القبيل فيملكهما ويملك البيع
بالمحاباة فانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى ويمنع من التبرعات الا
ما جرت به العادة كما عرف في بابه الا انه لا يمتنع لمنع المولى لانه لو امتنع بمنعه ادى الى نقض الكتابة
وفسخها من قبل المولى ولا يملكه المولى لان عقد الكتابة من جانبه يتعلق العتق وهو تصرف لازم فلا يملك
فسخه والرجوع عنه وهذا بيان من الزوايد قال ـــ ويسافر لان السفر من باب التجارة
والاكتساب فيتضمنه العقد ولو شرط المولى ان لا يخرج من البلد فله السفر ايضا استحسانا لان هذا
الشرط مقتضى عقد الكتابة وهو حرية اليد ونفوذ التصرف فيلغو ولا يفسد به العقد لانه غير
قوي فلا يتمكن في صلب العقد ومثله لا تفسد الكتابة لانها شبيهة بالبيع من حيث انها عقد معاوضة
وبالنكاح من حيث انها مقابلة ما هو مال بما ليس بمال فاعتبرنا الشرط مفسدا اذا كان في صلب العقد كما
اذا شرط خدمة مجهولة لانها في البدل واعتبرناه غير مفسد اذا لم يتمكن في صلب العقد اعتبارا

بالنكاح اعمالا للشبهين او لان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانها اسقاط الملك وهذا
الشرط يختص به فكان اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط الفاسد قال
ويزوج الامة لا العبد ه اما تزويجه الامة فانه من باب الاكتساب فانه يوجب المهر
للمهر والنفقة واما عدم تزويج العبد فانه ليس من الاكتساب في شي لان نفقته والمهر
يصيران دينا في رقبته وفيه تعييب للعبد وتنقيص له وهما ثابتان من الزوايد قال ولا يزوج
الا باذنه ه لان الكتابة تكاد تجرى مع قيام الملك في الرقبة والتزويج ليس وسيلة الى الاكتساب فلا
يملكه ويجوز باذنه لان الملك له قال ولا يكفل مطلقا ه لان الكفالة تبرع محض وليس من
ضرورات التجارة ومعنى الاطلاق انه لا يملك الكفالة بالنفس ولا بالمال لان كل ذلك تبرع وهذا
العقد زايد قال ولا يعتق على مال لان اسقاط الملك عن رقبته واثبات المال دينا في
ذمته وهو مفلس وربما يعجز عن الكسب وليس هذا من باب الاكتساب في شي فلا يملكه ولا يبيع
نفسه منه لانه في معنى الاعتاق على مال قال ويكاتب يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مال الكتابة الى العتق والعبد ليس من اهله كالاعتاق
على مال وجه الاستحسان ان الكتابة عقد اكتساب المال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع
والكتابة انفع من البيع لان المكاتب لا يعتق الا بعد اداء كل البدل والبيع يخرجه عن ملكه قبل وصول
العوض ولهذا فان الاب والوصي يملك الكتابة دون البيع على ان الكتابة توجب للعبد مثل ما هو ثابت
للمكاتب بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب له فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني
قبله كان ولاؤه للمولى الاول ه مكاتب المكاتب اذا ادى بدل الكتابة فولاؤه للمولى لان له فيه
نوع ملك يصح مع اضافة العتق اليه في الجملة فاذا تعذرت الاضافة الى المباشر للعقد لعدم اهليته
تعينت الاضافة الى المولى لانه متسبب كالوكيل ثم اذا ادى الاول بعد اداء الثاني وعتق لا ينتقل
الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له
لان العاقد من اهل ثبوت الولاء له وهو الاصل ثبت قال ويدخل ولده من امته في كتابته وياخذ
كسبه ه اذا ولد للمكاتب ولد من امته تكاتب عليه لانه لو كان حرا عتق عليه فاذا كان مكاتبا تكاتب
عليه تحقيقا لصلة الرحم بقدر الامكان واذا دخل في كتابته كان كسبه له لان كسب ولده كسب
كسبه وكذلك لو ولدت المكاتبة من غيره لان حق امتناع البيع ثابت فيها فيسري الى ولدها كالتدبير
ونحوه قال واجزنا اعتاق الولد ه اعتاق ولد المكاتب جايز مطلقا سوا كان مولودا في
كتابته او مشترى وقال زفر لا يصح اعتاقه لان في نفاذه ضررا بابيه لانه كان احق
باخذ اكسابه وبعد الحرية يمتنع عليه ذلك ولنا انه تبع ابيه وحكمه ويدل على التبعية انه ليس عليه شي

من البدل والاب الذي هو الاصل في الكتابة مملوك له ملك عتقه فالاولى ان يملك عتق التبع على ان سعي
المكاتب في بذل بدل الكتابة انما هو لتحصيل الحرية له ولاولاده فاذا حصل له عتق ولده مجانا كان راضيا
به ظاهرا على ان امتناع اخذ اكسابه ليس مقصود المولى بل ثبت ذلك حكما للعتق المصادف لملك
المعتق بحكم الضرورة قال ولو زوج عبده من امته ثم كاتبهما فولدت تبع امه في كتابتها اذا زوج
المولى عبده من امته ثم كاتبهما فولدت منه ولدا ادخل في كتابة امه ومن ضرورة ذلك كون اكسابه احق
بكسبه اعتبارا للام وترجيحا لها في التبعية كما ترجح في الحرية والرق قال فان ولدت من
مولاها مضت على الكتابة ان شاءت والا عجزت نفسها وصارت ام ولد ه اذا ولدت المكاتبة
من مولاها فلها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد
لان لها جهتين في الحرية احدهما عاجل وهو المعتق ببدل الكتابة والاخر اجل بغير بدل وهي امية
الولد فتختار اي الجهتين شاءت وولدها ثابت النسب من المولى لان ملكه ثابت في الام وذلك كاف
في صحة الاستيلاد وهو حر لان المولى يملك اعتاق ولد المكاتب لما مر وان عجزت نفسها وصارت
ام ولد فحكمها ما تقدم وان اختارت المضي على الكتابة اخذت العقر من مولاها لانها اخص
بنفسها ومنافعها وان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي قبله وتركت
مالا ادى من ذلك المال الكتابة وورث ولدها الباقي لانه حكم الكتابة وان لم تترك مالا فلا
سعاية على الولد لانه حر وان ولدت ولدا اخر لم يلزمه الا بدعوته لانه وطيها حرام عليه فان
لم يدعه حتى ماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لامه ولو مات المولى بعد ذلك عتق
وبطلت السعاية عنه لان حاله حكم ام الولد لانه ولدها فيتبعها قال وان كانت ام
ولده جاز وسقط البدل بموته ه اذا كاتب المولى ام ولده جازت الكتابة للامكان والحاجة
اما الاول فلانه لا تنافي بين امية الولد والكتابة لانهما جهتان في استحقاق الحرية واما
الثاني فحاجتها الى تعجيل العتق باداء بدل الكتابة قبل موت المولى فاذا مات المولى عتقت وسقط
عنها بدل الكتابة اما الاول فلانه حكم الاستيلاد واما الثاني فلان الغرض من
البدل ان يعتق اداؤه العتق فاذا تحقق قبل الاداء بطل العدم ترتب الغرض عليه وبطلت الكتابة
لعدم الفايدة في ابقائها لتنجز العتق وسلم لها اولادها واكسابها لان فسخ الكتابة في حق
البدل كان نظرا لها وفي ابقائها في حق الاولاد والاكساب نظر لها فبقيناها قال او مدبره اجاز
فان مات ولا مال فهو يسعى في ثلثي قيمته او كل البدل ويامره بالسعاية في الاقل منهما لاختلافهما
يجوز كاتب مدبرته فالكتابة جايزة لما مر من حاجته الى تحصيل العتق باداء البدل معجلا
ولا تنافي بين التدبير والكتابة فان الثابت هو استحقاق الحرية دون حقيقتها ثم اذا مات المولى

ولا مال له غير المدبر فهو مخير عند ابي حنيفة رحمه الله بين ان يسعى في ثلثي قيمته وبين ان يسعى
في جميع بدل الكتابة وقال ابو يوسف عليه ان يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة
وقال محمد عليه ان يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فمذهب ابي حنيفة مبني على تجزي الاعتاق
فلما استحق حرية ثلثه بالتدبير السابق كان بدل الكتابة مقابلا بثلثيه فيتنجز عتق ثلثه بالموت
ثم بقاه جهتان لتحصيل العتق بدل احدهما معجل بالتدبير وهو السعاية في ثلثي قيمته والاخر
موجل وهو اداء بدل الكتابة على نجومه فيتخير في ايهما شاء وعندهما الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله عليه احد
الدينين وبطلت الكتابة التي شرط فيها النجوم لعدم الفائدة في ابقائها وكل عاقل يختار اداء اقل
الشيئين على اكثرهما الا ان محمدا خالف ابا يوسف في المقدار فقال تجب السعاية في الاقل من ثلثي
قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لا كل بدل الكتابة لان ثلث بدل الكتابة سقط بحرمة الثلث بالموت فلم
يجب البدل في مقابلته الا يرى انه لو سلم له الكل بان خرج من ثلث المال سقط كل بدل الكتابة
فههنا سقط الثلث فصار كما لو تاخر التدبير عن الكتابة والجواب هنا ان جميع بدل الكتابة مقابل
بثلثي القيمة معنى وان كان مقابلا بالكل صورة لان المدبر استحق عتق ثلثه ظاهرا والانسان
لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق عتقه ظاهرا فكان ملتزما جميع البدل في مقابلة ثلثيه وصار
كما اذا طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف فان الالف مقابلة بالواحدة الباقية لدلالة الارادة
فكذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء
فافترقا قال اودبر مكاتبه جاز ومضى على الكتابة ان شاء مضى على كتابته وان شاء عجز نفسه
وصار مدبرا لان الكتابة عقد غير لازم في حق العبد وان كان لازما في حق المولى قال فان
مات ولا مال فهو يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي البدل وفي الاصل اقلهما ٥ اذا دبر مكاتبه ثم مات
ولا مال له فهو يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي البدل وفي الاصل اقلهما اذا دبر مكاتبه ثم مات ولا مال
له سواه فان شاء سعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي بدل الكتابة على نجومه عند ابي حنيفة وقالا
يلزمه الاقل منهما وهذه المسألة من فروع تجزي الاعتاق وعدمه لانه حين مات المولى زال ملكه
عن ثلثه بالتدبير وبقي ثلثاه مملوكا له عند ابي حنيفة رحمه الله كما كان قبل الموت فقد تعدد
له جهتان السعاية في ثلثي قيمته واداء ثلثي بدل الكتابة على نجومه لان ثلثه سقط بزوال
ملكه عن ثلثه بالتدبير فسقط ثلث بدل الكتابة كما سقط كله لو خرج من الثلث فيختار ايما
شاء منهما وعندهما لما كان الاعتاق لا يتجزى فعتق بعضه عتق كله فصار حرا عليه مال فيختار من
المالين وكل عاقل يختار الاقل ضرورة قال ولو كاتباه فاعتقه احدهما نصيبه لا يخلو اما ان كان على
الكتابة ويوجب على المعتق نصف قيمته قنا واوجب السعاية في الاقل من نصف قيمته ونصف البدل

رجلان كاتبا عبدا ثم اعتقه احدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه باق على الكتابة عند ابي حنيفة
رحمه الله بناء على تجزي الاعتاق عنده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عتق كله لعدم تجزي
الاعتاق عندهما الا ان ابا يوسف يوجب على المعتق لشريكه نصف قيمته قنا لانه تملك نصيب
شريكه في ضمن اعتاق الكل فانفسخت الكتابة لتعذر تملك المكاتب وعند محمد يسعى في اقل الدينين
اللذين هما نصف قيمته ونصف بدل الكتابة لانه ملك نصيب شريكه على الوصف الذي كان له
وقت التمليك وكان حقه فيه دائرا بين امرين ان يودي الكتابة فيحصل له نصف بدل الكتابة
وان يعجز ويرد في الرق فيحصل له ملك النصف والمعتق تملك هذا النصف بهذه الصفة فيلزمه
بدل ما ملكه وهو احد الشيئين والاقل منهما متيقن فيلزمه الاقل قال والكتابة تتجزى
هذا اصل وفروعه اذا كاتب احد الشريكين نصيبه في العبد المشترك صحت كتابته في نصفه
وللشريك فسخها وقبل الفسخ يكون نصفه مكاتبا ونصفه ملكا للشريك فيقتسمان الكتابة نصفا للشريك
والنصف الاخر للمكاتب فيودي بدل الكتابة الى مولاه وما لا يصير كله مكاتبا ويسلم كسبه وبعض
المكاتب نصيب شريكه لانه ملكه عندهما وهذا لان الكتابة من فروع الاعتاق فلا تتجزى
عندهما وتتجزى عنده قال ولو اشترى اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى انه لو كان من اهل الاعتاق يعتق عليه قال
او ذا رحم محرم منه فله بيعه المكاتب اذا اشترى اخاه او عمه او ابن اخيه لا يكاتب عليه عند ابي حنيفة
ويجوز له بيعه وقالا يكاتب عليه ولا يجوز له بيعه اعتبارا بقرابة الولاد فان وجوب الصلة ينتظمها
الا ترى انه يساويهما في حق الحر في انهما يعتقان بالشراء وله ان المكاتب مالك يدا لا رقبة وليس
له الا مكنة الاكتساب فكان الكسب كافيا في قرابة الولاد حتى يجب نفقة الوالدين
والولد عند القدرة على الكسب ولا يكفي الكسب في غيرها فانه لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر نظيره البقاء
ولان هذه قرابة متوسطة بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بقرابة الولاد في العتق وبقرابة
بني الاعمام في المكاتب وهذا اولى لكون العتق اسرع نفوذا من الكتابة الا يرى ان احد الشريكين اذا كاتب
كان للاخر ولاية الفسخ واذا اعتق لم يكن له فسخه قال او ام ولده وهي معها تكاتبت عليه
وحرم بيعها وان لم يكن معها فله بيعها اذا اشترى المكاتب ام ولده الذي استولدها بالنكاح
والولد معها تكاتب ولده عليه وامتنع بيع امه تبعا له اما تكاتب الولد فلما تقدم واما امتناع
بيع الام فلانها تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها واما اذا اشتراها
وليس الولد معها قال ابو حنيفة رحمه الله يجوز له بيعها وقالا لا يجوز لانها ام ولده حقيقة اعتبارا
بالحر فانه لا يتفاوت حكمها اذا اشتراها بينهما اذا كان معها ولدها او لم يكن وله ان القياس

جواز بيعها وان اشتراها مع ولدها منه لان كتابة المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يقبل الفسخ لما
دخل الولد في كتابته دخلت الام بحكم التبعية في كتابة الولد فحرم بيعها بناء على ان كتابة الولد لان
اتصاف الولد الحاصل في ملك الثمن بصفة شرعية قائمة بالاب موجب حرمة بيع امه على ابيه ولو
الولد لو حرم بيعها حرم ابتداء والقياس بيعه ولو اشترى الولد اولا ثم اشتراها بعده او اشترى
الام اولا ثم الولد ثانيا قيل لا ينبغي ان يحرم بيعها عنده لان الحرمة انما تثبت بحكم التبعية للولد
فيشترط شراؤهما معا لتثبت التبعية فانه اذا اشترى الولد اولا فان عدم الملك في الام يمنع ثبوت
حكم الكتابة فيها عند شرائه فيبقى المنع بعد شرائها وكذلك اذا اشتراها وحدها فانه يجوز
بيعها لعدم الولد الذي يستتبعها في كتابته فيبقى الجواز بعد شرائه وقيل هو الاصح اذا اشتراه
اولا ثم اشتراها حرم بيعها عند شرائها واذا اشتراها اولا ثم اشترى الولد حرم بيعها عند شراء
الولد لان اتصاف الولد بالصفة الشرعية القائمة بالاب موجب حرمة بيعها على الاب فاذا
اشترى الولد اولا وجد المقتضي لحرمة بيعها والمانع قائم وهو عدم الملك فاذا اشتراها زال المانع واذا
اشتراها اولا فالمقتضي غير موجود وهو تكاتب الولد فاذا اشتراه بعدها تكاتب عليه ووجد
المقتضي والمانع مرتفع فيحرم بيعها وهذا الخلاف جار في الحرة حقيقة امية الولد لا تثبت لجارية المكاتب
اذا استولدها في ملكه حتى اذا عجز كانت قنة للمولى وتثبت لجارية الحر اذا ولدت منه في ملكه
فتثبت لها امية الولد حقيقة بملكه اياها بعد ما ولدت منه فلم يقع التفاوت بين ملكها
مع الولد وعدمه وههنا كما لا تثبت حقيقة ام الولد لها في ملك المكاتب لا تصير داخلة في كتابته
حقيقة وانما يحرم بيعها تبعا للولد فوقع التفاوت بين وجود الولد وعدمه قال واذا كاتب
مسلم على خمر او خنزير او قيمة نفسه فسدت اذا كاتب المسلم عبده المسلم على خمر او خنزير او على قيمة
نفسه فالكتابة فاسدة لان الخمر والخنزير ليسا مالا في حق المسلم فلا يستحقهما بالعقد والقيمة مجهولة في
قدرها وجنسها ووصفها والجهالة المتفاحشة لا تتحمل في الكتابة وصار كالكتابة على ثوب او دابة ولان
الكتابة على قيمة العبد تنصيص على حكم العقد الفاسد لان الكتابة الفاسدة توجب القيمة قال
فان ادى الخمر حكمنا بعتقه ويسعى في قيمته بالغة ما بلغت ويحكم به لاداء عينها وقيمتها والعتق باداء العين
معلق باشتراطه في رواية اذا كاتب عبده على خمر فادى عتق قال زفر لا يعتق الا باداء القيمة
وانما يعتق باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء كل منهما اما الاول فلانه بدل صورة
واما القيمة فلانها بدل معنى وعن ابي حنيفة ان العتق باداء الخمر موقوف على اشتراط الاداء فاذا قال ان
اديت الي الخمر فانت حر فالعتق حينئذ يكون بالشرط لا بالعقد وصار كالكتابة على الميتة او الدم ولا
فصل بين الخمر وبينهما في ظاهر الرواية وفصل في رواية ووجه الفرق عليها ان الميتة ليست بمال

اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيها فاعتبر فيها معنى الشرط بالتنصيص على الاداء واما الخمر والخنزير
فانهما مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجب العقد هو العتق عند اداء البدل المشروط
ونعرف هذين المذهبين ومذهب زفر من الزوائد واذا عتق باداء الخمر لزمته السعاية في قيمته لانه
قد وجب عليه رد نفسه الى المولى لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فوجب رد القيمة كما في
البيع الفاسد عند تلف المبيع ولا ينقص من المسمى ويزاد عليه لان الواجب في العقد الفاسد هو القيمة
عند هلاك المعقود عليه بالغة ما بلغت وهذا لان المولى لم يرض بالنقصان والعبد يرضى بالزيادة
كيلا يبطل حقه في العتق فيجب القيمة بالغة ما بلغت قال ويعتق باداء قيمة نفسه ه اذا
كاتبه على اداء قيمة نفسه فالكتابة فاسدة على ما تقدم واذا ادى القيمة عتق لانها هي البدل وقد امكن
اعتبار معنى العقد فيه والجهالة اثرها في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء
الثوب لانه لا يطلع على مراد العاقد لتفاوت الاجناس فلا يثبت العتق بدون ارادته قال
والكتابة على عين في يد العبد جائزة في رواية وممنوعة في اخرى رجل كاتب عبده على عين
في يد العبد من كسبه جازت الكتابة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عن ابي يوسف عنه انها لا تجوز
وعن ابي يوسف انه اجازها وفي رواية انه منع جوازها وهو قول زفر فعن كل من الامامين روايتان
ولا رواية عن محمد وجه الجواز انها كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم فيصح كما لو كان دينا كما
في البيع والنكاح والاجارة وجه عدم الجواز ان الكتابة شرعت ليكون العبد مختصا بالكتابة بحكم
العقد فينال حرية اليد في الحال وحرية الرقبة باداء البدل من كسبه ولو جازت هذه الكتابة لكان
الاداء من مال المولى لان كسب العبد حين العقد ملك المولى فلم يستفد العبد بهذه التسمية شيئا وكان
وجودها كعدمها والكتابة بغير تسمية باطلة **فرع** فلو كاتبه على عين في يد غيره فالكتابة
فاسدة في رواية لعدم القدرة على تسليم تلك العين والمراد شيء يتعين بالتعيين حتى لو كاتبه على الف درهم
معينة وهي لغيره جازت الكتابة لان الدراهم في العقود لا تتعين فيتعلق العقد بدراهم دين في الذمة
فيصح العقد وعن ابي حنيفة في رواية الحسن ان الكتابة جائزة حتى اذا ملك تلك العين وسلمها
الى المولى عتق وان عجز عن ملكها وتسليمها رد في الرق لان المسمى في العقد مال والقدرة على التسليم
موهومة فاشبه الصداق ووجه الفرق على رواية ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة
على تسليم المعقود عليه شرط صحة العقد اذا كان قابلا للفسخ كالبيع واما الصداق فالقدرة على تسليم
ما هو المعقود عليه في باب النكاح ليس بشرط صحته والصداق تابع فلان لا تكون القدرة عليه شرطا
اولى **فرع** فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد جواز الكتابة اعتبارا بالبيع فانه يجوز
عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الاجازة تلحق الموقوف والعقد بغير العين

كسب العبد من جهة العقد ملك المولى فكانت الكتابة على مال المولى لا على مال مكتسب للعبد بعد
العقد فلا يجوز وعن ابي يوسف ان الكتابة جائزة اجاز صاحب العين او لم يجز لكنه ان اجاز وجب
تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب تسليم القيمة كما في النكاح والجامع صحة التسمية باعتبار
انه مال **فرع** ولو ملك لعبد ملك لعين فعن ابي حنيفة انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية
لا يكون العقد صحيحا الا ان يقول ان اديت الي فانت حر فيكون العتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه
تعلق مطلقا شرط العتق عند الاداء ولم يشترط لان العقد ينعقد مع فساده لان المسمى مال فيعتق
باداء المشروط قال او على الف على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه لم يجز رجل
كاتب عبده على الف درهم على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه او استثنى العبد فسدت الكتابة
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله هي جائزة وتقسم الالف على قيمة المكاتب
وقيمة عبد وسط فما اصاب العبد سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ويكون مكاتبا بما بقي
لان العبد مطلق يصلح بدلا فيصح استثناؤه من البدل لان الجهالة المتطرقة الى الباقي بعد الاستثناء
نشأت من جهالة المستثنى وجهالة العبد غير مانعة من صحة الكتابة فلا تكون الجهالة في الباقي مانعة
ولهما ان استثناء العبد من الالف غير صحيح لعدم المجانسة وانما المستثنى هو قيمته والقيمة لا تصلح
بدلا فلا يصح استثناؤها من البدل ولان هذه كتابة بالحصة كانه قال كاتبتك على حصتك من الالف
اذا قسمت على قيمتك وقيمة عبد وسط وانه لا يجوز لفاحش الجهالة قال او على حيوان غير موصوف
جازت يريد به اذا ذكر الجنس واهمل النوع والوصف وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد
مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل على اجناس متفاوتة فتتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد فالجهالة يسيرة فيتحمل في الكتابة والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي
لانه معاوضة فاشبه البيع ووجه الاستحسان انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط
به الملك فاشبه النكاح والجامع انهما يبتنيان على المسامحة بخلاف البيع قال وكتابة
المرتد تبطل بقتله مرتدا وغيرها كتصرف الصحة لا مرض الموت ه قال ابو حنيفة رحمه الله
المرتد اذا كاتب عبده ثم قتل على الردة بطلت الكتابة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فاذا قتل
مرتدا كان كانه مات من حين الردة ولا تصرف للميت وقال ابو يوسف يجوز كتابته لان تصرفات
المرتد عنده نافذة كتصرف الاصحاء لان عقده بعد الردة معتبر عندهما ولهذا كان كسبه ايام
الردة ميراثا لورثته المسلمين عندهما وقال محمد ينفذ تصرفه كتصرف المريض مرض الموت نظرا
الى انعقاد سبب الهلاك في حقه وهو الردة قال ولو كاتبه الابن من ردة ابيه وقتله ابطلناها
اذا ارتد عن الاسلام وله عبد فكاتبه ابنه بعد ردة ابيه ثم قتل ابوه على الردة لا ينفذ عقده

عندنا وقال زفر ينفذ لانه اذا قتل المرتد يصير الابن وارثا له من اخر وقت الاسلام فيكون مكاتبا عبد
نفسه فينفذ ولنا انه حالة الكتابة لم يكن في ملكه فلا ينفذ عقده عليه بملك حادث بعده كما لو باع عبد
غيره ثم اشتراه قال ولو كاتبهما معا بالف ان اديا عتقا وان عجزا ردا حكمنا بعتقهما لاداء الكل
لا بعتق احدهما باداء نصيبه رجل كاتب عبديه كتابة واحدة بالف درهم على انهما ان اديا الالف عتقا
وان عجزا ردا اي في الرق جازت الكتابة ولا يعتق واحد منهما الا باداء الكل وقال زفر اذا ادى احدهما
نصيبه عتق لان كلا من العبدين لم يلتزم الا بقبول حصة نفسه من البدل ولم يلتزم حصة صاحبه
من غير شرط وصار كما لو كاتبهما على الف كتابة واحدة ولم يزد على ذلك ولنا ان المولى علق عتقهما
باداء ايهما حيث قال ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فلا يعتق احدهما بدون ذلك لاستلزامه خروج
احدهما عن ملكه بدون رضاه وانه منتف وصار كما لو قال ان دخلتما هذه الدار فانتما حران لم يعتق
احدهما بالدخول وحده بخلاف ما استشهد به لان كلا منهما لم يلتزم بقبوله العقد الا ما يخصه من البدل
ولذلك المولى لم يشترط على كل واحد منهما الا حصته من الالف حيث اوجب العقد لهما ببدل واحد
فيكون شارطا على كل منهما حصته من البدل فاذا ادى احدهما نصيبه عتق اما هاهنا فقد علق
عتقهما باداء ايهما فافترقا قال او على ان كلا ضامن عتقا باداء احدهما ويرجع على صاحبه بنصيبه
اذا كاتب الرجل عبديه كتابة واحدة على ان كل واحد منهما ضامن عن الاخر جاز ذلك استحسانا ويجعل
كل واحد منهما اصلا في وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق
صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم الى الخروج عن الرق واذا كان كذلك فايهما ادى عتقا لوجود الشرط ويرجع
على شريكه بنصف ما ادى لانه قد قضى دينا عليه بامره فيرجع تحقيقا للمساواة بينهما قال او
على الف وخدمته ابدا فسدت فان اداها وهي اكثر من قيمته حكمنا بعتقه من غير استرداد الفضل
رجل كاتب عبده على الف على ان يخدمه ابدا فالكتابة فاسدة لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لانه يصير
المكاتب احق بمكاسبه ونفسه وشرط الخدمة ابدا ينافيه فلو ادى الالف عتق بغير خلاف فان كانت
قيمته اكثر من الالف دفع الى المولى ما يفضل به قيمته على الالف لانه لما عتق وقد سلمت له نفسه بحكم
عقد فاسد مضمون بالقيمة تامة كما في البيع الفاسد وقد ادى منها الفا فيجب اتمامها وان ساوت
الالف فقد خرج عن العهدة وان كانت الالف اكثر من قيمته لا يسترد العبد من المولى شيئا وقال
زفر يسترد منه الفضل كما في البيع فان العقد الفاسد لا يجب به الزائد على القيمة فيترك في
يد المولى من الالف قدر قيمته لوجوبه عليه ويسترد الباقي لعدم الوجوب ولنا ان العبد رضي
بسلامة الالف للمولى عوضا عن سلامة نفسه له والمولى لم يرض بعتقه الا بسلامة الالف كاملة
فيجب ان لا يسترد الفضل من قيمته دفعا للضرر عن المولى على ان المعتبر في البيع الفاسد انما هو القبض

وانه لا يوجب الزائد على القيمة فكان للمشتري ان يسترد الزائد على قيمة المبيع من الثمن والمعتبر ههنا العقد والشرط جميعا فالعقد وان اقتضى الاسترداد فالشرط لا يقتضيه لترتب المشروط عليه وهو العتق فلا يثبت حق الاسترداد بالشك قال واذا عجز عن نجم فان كان له دين يقبضه او مال يقدم انظره الحاكم يومين او ثلثة والا عجزه بطلب مولاه ورده في الرق واخذ المولى اكسابه وبامرتا جر نجمين ه المكاتب اذا عجز عن اداء نجم ينظر الحاكم في حاله فان كان له مال يرجو وصوله انظره يومين او ثلثة ولا يزاد على ذلك لانها المدة المضروبة لابلاء العذر وفي امهال المديون للقضاء ونحوه وفي انظاره نظر من جانب المكاتب والمولى وان لم يكن له جهة وطلب المولى تعجيزه عجزه الحاكم وعاد الى احكام الرق وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد الى الرق وهذا تعليق للرد بتوالي نجمين يعدم عند عدمه ولان الكتابة عقد ارفاق فيحتمل فيه ذلك ولهما ان حلول نجم صار كالكتابة على مال حال في حق هذا النجم وفي الحال لا ينتظر اكثر من ثلثة ايام فكذا ما هو في معناه ولان العجز سبب الفسخ وقد وجد فان العاجز عن نجم اعجز عن نجمين واليومان والثلثة ليس تاخيرا بل هي ضرورية لامكان الاداء فيها والاثر معارض بما روي عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها في الرق فتعارض الاثران والتمسك باثر ابن عمر اولى لان الاول ليس فيه ما يدل على انه لا يرد في الرق عند الاداء عن نجم واحد وفيما رويناه دلالة عليه بحرف الفا الدال على التعقيب

فرع ٢ وان عجز عن نجم عند غير القاضي فرده مولاه برضاه جاز الفسخ لان الفسخ يجوز بالتراضي من غير عذر فبعذر اولى وان ابى العبد ذلك فلا بد من القضا بالفسخ لانه عقد لازم فلا بد في فسخه من الرضا او القضا كسائر العقود واذا عاد في الرق عادت الاكساب لمولاه لان بالفسخ صار كان لم يكن الكتابة وما في يده لمولاه لانه كسب عبده قال وان مات عن مال صبيت كتابته منه وحكم بعتقه في اخر حياته ولا يبطلها المكاتب اذا مات وله مال لم يفسخ الكتابة بل يقضي ما عليه من ماله ويحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما فضل من ذلك يعتبر ميراثه ويعتق اولاده وقال الشافعي يموت عبدا وما تركه لمولاه وتبطل الكتابة والمسئلة مختلفة في الصدر الاول فامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه وامامنا علي وابن مسعود رضي الله عنهما وله ان المقصود من الكتابة العتق وقد فات فيفوت العقد لفوات مقصوده وهذا لانه اما ان يعتق بعد الموت قصدا او قبله او بعد الموت ثم يستند والاول باطل لبطلان المحلية والثاني لفقد الشرط وهو الاداء والثالث لان الاستناد تعتمد الثبوت في الحال وقد تعذر ولنا ان الكتابة عقد معاوضة فلا يبطل بموت المكاتب كما لا يبطل بموت المولى تسوية بينهما والجامع الحاجة الى ابقا هذا العقد احيا للحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى لانه لا يتمكن من فسخه بدون رضا العبد ولان البدل كان في ذمته وذمته غير صالحة لبقا الدين بالموت الا ترى

ان الاجل يحل به فينتقل الى التركة كسائر الديون فخلت الذمة وخلو الذمة يوجب العتق الا انه لا يحكم به ما لم يصل البدل الى المولى رعاية لحقه ويتحقق خلو الذمة لاحتمال هلاك التركة قبل الادا فعند الوصول حكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته باستناد سببها لادا الى ما قبيل الموت ويقام اداء خلفه مقام ادائه ويعتق اولاده تبعا له واذا فضل شي كان لورثته لانه حر وهم احرار ه

قال او عن مولود في الكتابة سعى كالاب والولد المشتري يؤدي حالا والا يرد وجعلاه كالاول ه المكاتب اذا مات عن غير مال وخلف ولدا مولودا له في كتابته سعى الولد كالاب يؤدي على نجومه فاذا ادى الكتابة حكم بعتق ابيه في اخر جزء من اجزاء حياته وعتق الولد وان كان الولد مشتري فاما ان يؤدي بدل الكتابة حالا والا رد في الرق عند ابي حنيفة وقالا هو كالمولود في الكتابة اما الاول فلان الولد داخل في كتابة ابيه وكسبه ككسبه فيخلف اباه في الادا وصار كما اذا مات عن وفاء ولهما في الثاني انه يكاتب عليه تبعا حتى يملك المولى اعتاقه فيبقى عقد الكتابة ببقائه كالمولود في الكتابة وله وهو الفرق ان الاجل انما يثبت بالعقد فلا يثبت في حق من لم يتناوله العقد لا مقصودا ولا متصلا به حكم العقد بالسراية والولد المشتري ليس بمحل للعقد لانه لم يرد عليه فلا يبقى بقاؤه لفوات محله بخلاف الولد المولود في الكتابة لان حكم العقد سرى اليه حالة الاتصال فصار معقودا عليه فقام مقام ابيه بعد موته في بقاء العقد ببقائه والولد المشتري يكاتب عليه بحكم التبعية فاذا فات العقد بفوات المتبوع فات في حق التبع ايضا لكنه اذا ادى في الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا وحكم الاب المشتري حكمه قال ولو كاتبها بشرط الخيار فولدت في المدة وهلكت فله ان يبطلها وقالا يسعى الولد كامه رجل كاتب امته على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت ولدا في مدة الخيار وهلكت الام وبقي الولد بطلت الكتابة عند محمد ولم يصح اجازة المولى وقال ابو حنيفة وابو يوسف لم يبطل الكتابة وله الاجازة واذا اجاز سعى الولد في الكتابة على نجوم امه فاذا ادى البدل عتق وحكم بعتق امه في اخر جزء من اجزاء حياتها وهذا استحسان ولمحمد القياس وهو ان المعقود عليه قد هلك فيبطل العقد كما لو باع امة على ان البائع بالخيار ثلثا فولدت في المدة وهلكت وهذا لان الامة لم يصر مكاتبة بعد فلم يحدث الولد على الكتابة ليبقى العقد ببقائه ولهما ان عقد الكتابة انعقد على وجه يتوقف بالاجازة في المدة على جميع اجزائها وهذا الولد متصل بها زمان الانعقاد فان حكم الكتابة لانه قابل لنفس الحرية يتناوله العقد على الصفة التي انعقد عليها وهو توقف النفاذ على الاجازة في مدة الخيار فهذا العقد ورد على الولد بالاصالة كما ورد على الام فيقبل حالة ثبت فيه هذا النوع من حق الحرية اعتبارا بحقيقتها وبقي الحكم ببقائه فترتب النفاذ على الاجازة بخلاف ولد

المبيعة بشرط الخيار لان البيع لم يرد على الولد لعدم قبول الولد حكمه وانما يثبت في الحكم تبعا لها ولم
يثبت حكم البيع في الاصل فلا يسري الى التبع قال ولو لحق بدار الحرب مرتدا وترك مالا فاسعنا
الحكم بموته ثم ان عاد مسلما اخذه وان مات ادي عنه ش المكاتب اذا ارتد والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب وترك مالا في الاسلام فالامر موقوف حتى لو عاد مسلما يسلم اليه ماله ويكون
كما كان قبل الردة وان مات ادي عنه بدل الكتابة من ماله وقسم الباقي بين ورثته وقال زفر ان لحاقه
كموته يحكم به ويؤدى بدل الكتابة منه ويقسم الباقي بين ورثته اعتبارا بالحر فانه اذا لحق
مرتدا يحكم بموته حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويحل ما عليه من الديون المؤجلة ويقسم ماله
بين ورثته ولنا وهو الفرق ان اللحوق لا يعتبر لذاته ليس بموت وانما جعل موتا حكما باعتبار
صيرورة المرتد حربيا واهل الحرب في حق المسلمين كالموتى وهذا المعنى لا يوجد في المكاتب لقيام حق
المولى في رقبته وقيام ملكه في رقبته يمنع من جعله حربيا حكما بل هو كالمرتد في دار الاسلام
ولهذا فان المكاتب اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم اكتسب اموالا ثم اخذ اسيرا وابى ان يسلم
فقتل وادى من اكسابه مكاتبته اقتسم ورثته ما بقي من اكسابه عند ابي حنيفة وان كان الحر
لا يرث المرتد ما اكتسبه حال ردته لما ان في كسب المكاتب حقا للمولى باعتبار انه له عند عجزه
والمولى مسلم فقيام حقه صار مانعا من جعل ما اكتسبه حال الردة فيئا فصار مكتسبه حال
الاسلام والردة سواء قال ولو قتل خطاء فصالح على مال او اقر به فقضى عليه بالقيمة
ثم عجز فرد او اقر به عمدا ثم صالح فهو مطالب به بعد العتق لا مطلقا ش المكاتب اذا قتل رجلا
خطاء فصالح اولياء المقتول على مال او اقر بانه قتله خطاء فقضى القاضي عليه بقيمته ثم عجز عن ادا
بدل الكتابة ورد في الرق قبل ادا ما قضى عليه به او اقر بانه قتل عمدا ثم صالح الاولياء على مال قال
ابو حنيفة رحمه الله لا يؤاخذ بذلك الا بعد الحرية لا في الحال وقالا يؤاخذ به مطلقا في الحال وبعد
الحرية لان الصلح صحيح بدليل صحة اداء بدل الصلح منه قبل اداء بدل الكتابة وبعده فاذا لم يؤده حتى عجز ورد
في الرق وقد استقر بدل الصلح دينا عليه لا يبطل كدين ظهر بالاقرار قبل العجز او ثبت بالشرا والاستهلاك
وله ان بدل الصلح ليس بتجارة ولا كسب لانه مقابلة مال بما ليس بمال فلم يكن بامر في حق المولى وانما يطالب
به قبل العجز لانه يؤديه من كسبه من غير ضرر يلحق بالمولى وكذا اقراره بالخطاء وقضاء القاضي عليه
بالقيمة غير لازم للمولى لانه ليس من باب التجارة والكسب فصار كعبد محجور قتل عمدا وللمقتول وليان
فانه يقتل به فان عفا احدهما انقلب نصيب الاخر مالا لا يؤاخذ العبد به الا بعد العتق والعبد روح ومال و (القصاص) ص
يتعلق به باعتبار انه روح صح واما باعتبار انه مال المولى فلا يصح في الحال اقراره به ولا صلحه
دفعا للضرر عنه وصار كما لو عجز بعد الاقرار قبل القضاء بالقيمة قال ولو جنى خطاء ثم عجز

قبل القضاء خير مولاه بين الدفع والفداء وبعده مطالبة العبد في الحال ش المكاتب اذا جنى جناية
خطاء ثم عجز ورد في الرق قبل ان يقضي القاضي عليه بموجبها يخير مولاه بين دفعه بالجناية وبين ان
يفديه بارشها وليس له مطالبة العبد في الحال بقيمته وقال زفر يلزمه ذلك لان موجب الجناية هو
القيمة كان دينا على المكاتب حال الكتابة فيبقى بعد العجز كسائر الديون يباع فيه وصار كما لو عجز
بعد القضاء بالقيمة ولنا وهو الفرق بين القضاء وعدمه ما ذكره في المسألة المتقدمة لهذه
قال ولو تكررت قبل القضاء او بعده فقيمة واحدة لا متعددة ش المكاتب اذا جنى جناية خطاء
فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر لمكان الكتابة فانه احق بكسبه وموجب
الجناية عند تعذر الدفع على من الكسب له الا ترى ان موجب جناية المدبر وام الولد على المولى
لان كسبهما له فان جنى المكاتب اخرى بعد ما قضى عليه بموجب الجناية الاولى يلزمه موجب
الثانية ايضا وهو الاقل من قيمته ومن ارشها لان موجب الاولى صار دينا في ذمته متعلق
الثانية برقبته فان جنى الثانية قبل الحكم من الاولى بموجبها فليس عليه الا قيمة واحدة وقال
زفر يلزمه لكل من الجنايتين قيمة على حدتها لان من اصله ان موجب الجناية هو القيمة ابتداء لتعذر
الدفع فيستوي القضاء وعدمه ولنا ان الجناية تتعلق برقبته اولا لجواز الدفع بعد العجز
عن الكتابة وانما تتحول من الرقبة الى القيمة بقضاء القاضي فاذا اجتمعت الجنايات قبل القضاء في
رقبته لزمته قيمة واحدة لانه لو انكر دفعه تعلقت حقوقهم برقبة واحدة بخلاف ما اذا قضى
القاضي بموجب الجناية الاولى لان حقه تحول الى القيمة دينا في الذمة بالقضاء فاذا وجدت
الثانية تعلقت برقبته حتى يدفع بها اذا عجز فيحكم للثاني بقيمة اخرى وهكذا الثالثة والرابعة
قال واذا مات المولى لم ينفسخ ويؤدي الكتابة على نجومها الى الورثة ش انما عدم الانفساخ
بموت المولى فلان الكتابة سبب الحرية في حق المكاتب وسبب حقه حق له فلا يجوز ابطاله واما
الاداء على النجوم الى الورثة فلانه استحق الحرية على هذه الصفة لانعقاد السبب كذلك فيبقى بهذه الصفة
والورثة خليفة عنه لا ستحقاق منه قال وعتق باعتاقهم وسقط البدل لا باحدهم
اذا اعتقه الورثة كلهم نفذ عتقهم وسقط عنه بدل الكتابة وان اعتقه احدهم لم ينفذ
والفرق ان العتق يستدعي تقدم الملك والمكاتب لا يملك بجميع اسباب الملك فكيف بالوراثة فلا
ينفذ وانما نفذ عتقهم جميعا لانه ابراء عن بدل الكتابة وهو حقهم وتجري فيه الارث ومتى
برئ المكاتب عن بدل الكتابة عتق كما لو ابراه مولاه ولو عتق واحد منهم لا يجعل ابراء في نصيبه لان جعل
العتق ههنا ابراء بطريق الاقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض في بعض المكاتب
ولا في كله ولا يستباح اداء بعض البدل ولا يمكن جعله ابراء عن الكل لقيام حق الورثة فيه

قال ولو مات وقد كاتبه في مرضه بالف الى سنة وقيمته ضعفها ولا مال له ولا اجازة افتى
بان يعجل ثلثي قيمته والا رد وهما ثلثي البدل وتاجيل الباقي ه رجل كاتب عبده وهو مريض مرض
الموت على الف درهم مؤجلا الى سنة وقيمته خمسمائة ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز
الورثة قال محمد رحمه الله يقال له اما ان تعجل ثلثي خمسمائة والباقي مؤجل عليك والا رددت
في الرق وقالا يقال له اما ان تؤدي ثلثي الالف معجلا والباقي مؤجل عليك والا رددت في
الرق له انه يملك ترك ما يزيد على قيمته اصلا بان كاتبه على خمسمائة فيملك تاجيله مطلقا
والمال الذي له في المرض خمسمائة فيتعلق حق الورثة بثلثه فلا يصح تاجيله في ثلثي خمسمائة بدون
اما لتهمته لكونه تبرعا وصح في الزائد لانه بمنزلة بدل الخلع لان حقهم غير متعلق به ولا بما
تقابله حتى جاز له تركه ولو اجل بدل الخلع جاز من جميع المال ولهما ان حقهم يتعلق بثلثي البدل لانه
كان متعلقا بثلثي العبد وقد انتقل الى بدله بخلاف بدل الخلع لانه لا حق لهم فيما تقابله بدل
الخلع فيصح الاسقاط الى البدل وهذا الخلاف مبني على البيع فانه لو باع في مرض موته دارا ه
ضعف قيمتها مؤجلا الى سنة ومات ولم تجز الورثة يقال للمشتري ادفع ثلثي الثمن حالا والباقي
الى الاجل والا فانقض البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقال له ادفع
ثلثي القيمة حالا والباقي مؤجل والا فانقض البيع قال ولو وصى لمكاتب بالثلث ثم عتق بعد
ما مات فهي باطلة وقالا الوصية صحيحة لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر اهليته للوصية
عند الموت وله ما قدمناه في اخر كتاب العتق ان للمكاتب ملكا حقيقيا وهو ما بعد
العتق وملكا مجازيا وهو الثابت له في الحال والايصاء مطلق فينصرف الى الملك الثابت له في
الحال وهو ليس باهل للتبرع حينئذ ه

فصل في الولاء

قال ولاء العتاقة لمن اعتق او باشر سببه او حصل على ملكه ذكرا كان او انثى
الولاء نوعان احدهما ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة والاخر ولاء موالاة وياتي ذكره وولاء العتاقة
يوجب الارث من احد الجانبين لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب فامضى تعلق الارث
به ورأى صلى الله عليه وسلم رجلا معه غلام فساله عنه فقال عبدي رأيته في السوق فاشتريته
واعتقته فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك
فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كانت عصبته ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها
وترك بنتا فقسم صلى الله عليه وسلم المال بين بنته وبين ابنة حمزة نصفين ويثبت الولاء لمن اعتق
ولو على مال ولمن باشر سببه كالكتابة والاستيلاد والتدبير وشراء القريب ولمن حصل

العتق على ملكه كمن ورث قريبه فانه يعتق عليه ويكون الولاء له وهذا من الزوائد والاصل
فيه ان العتق واقع من جهة من باشر سببه وان تاخر الوقوع الى ما بعد الموت فهو مضاف اليه فيكون
بمنزلة العتق المعلق بالشرط وكذلك لو اوصى بعتق عبده او بشرائه وعتقه بعد موته فان ولاءه للميت
لان فعل الوصي كفعله والعتق واقع عنه وتركته على حكم ملكه فيقع العتق في العبد على حكم ملكه فيكون
ولاؤه له وقد روي عنه عليه السلام انه قال من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاؤه له ويستوي
كان المعتق ذكرا او انثى لاطلاق ما روينا ولحديث توريث ابنة حمزة ولان المعنى في نوعي الولاء انما
هو التناصر وقد كانت العرب تتناصر باسباب منها الولاء بهذين النوعين فاقرهم صلى الله عليه
وسلم على ذلك فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والحليف هو المولى بالعقد لانهم كانوا
يؤكدون الموالاة بالحلف واذا كان كذلك يعقله وقد احياه معنى حيث ازال الرق عنه فيرثه
لان الغنم بالغرم قال ولو شرط لغيره او سائبة بطل الشرط ه لما روي ان عائشة رضي الله عنها
ارادت ان تشتري بريرة وتعتقها وكان مواليها شرطوا ان يكون الولاء لهم فسالت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال اعتقيها فان الولاء لمن اعتق فابطل الشرط وجعل الولاء للمعتق والتنبيه على شرط
الولاء للغير من الزوائد قال واذا مات المعتق قدمت عصبته النسبية على مولاه ه لان
ولاء العتاقة تعصيب والنبي صلى الله عليه وسلم اجرى الولاء مجرى النسب وما جرى مجرى غيره انما
يثبت حكمه عند عدمه فاذا مات العبد المعتق كانت عصبته من جهة النسب اولى تعصيبا فيرث
فان مات ولا وارث له منهم وله ذو فرض هو عصبة في حال كالاب كان ميراثه كله لمن اعتقه وان كان
معه ذو فرض ليس بعصبة في حال ورث الباقي بعد الفرض وقد اشار صلى الله عليه وسلم الى ذلك بقوله
وان مات ولا وارث له كنت انت عصبته قال وان مات المولى ثم المعتق ورثه بنو مولاه دون
بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او جر ولاء معتقهن
هذا هو لفظ الحديث اثبته تبركا به وتحصيلا للحكمة ولان البنات ليس بعصبة ولان السبب هو النصرة وليس
من اهلها والحديث دليل على ثبوت الولاء لهن اذا اعتقن ولكن سياتي في الاعتاق بغير سبق ثبوت
الولاء لهن بعد ذلك ففيه الحصر الذي يدل عليه اللفظ ولانها ساوت الرجل في السبب وهو
الاعتاق واذا استحقت ميراث معتقها فكذا معتق معتقها لانها سببت في اعتاقه ولان
معتقه ينتسب اليها بالولاء قال بان تزوج عبدها معتقة الغير فولدت كان ولاؤه لمواليها
فان اعتق جر ولاء ابنه الى مواليه هذا هو صورة جر الولاء المستثنى من الحديث وهو ان يتزوج
عبد معتقة الغير وياتي منه بولد فان ولاء الولد يكون لموالي امه لان الاب عبد لا ولاء له فاذا اعتق
العبد جر ولاء ابنه الى مواليه وكذلك معتق معتقهن وصورته ذلك ان المراة تعتق عبدا فيشترى

العتق عبدًا وتزوج معتقة الغير فإذا ولدت منه ولدًا فولاء الولد لموالي أمه لما بينا فإذا أعتق معتق المرأة عبده جر ولاء الولد إليه ويكون ذلك الولاء لمن أعتقه فذلك جر ولاء معتق معتقها قال ولو أعتقت وهي حامل أو أتت به لأقل من ستة أشهر من حينه لم ينتقل أبدًا   إذا تزوج عبدٌ أمة الغير فأعتقها مولاها وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها لأن الحمل في حكم جزء منها والعتق ورد عليها مقصودًا اتفاقًا ولجميع أجزائها فكان الولد مقصودًا بالإعتاق فلا ينتقل ولاؤه عمن أعتقه وهو مولى الأم لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وأنه يقتضي ثبوت الولاء له على التأبيد ولهذا لم يجز اشتراطه للغير ولا سائبة وكذلك إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقت للتيقن بوجود الحمل وقت الإعتاق وهذه من الزوائد وكذلك لو أتت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد قال   أو لأكثر منها جر العتق ولاء أبيه ه إذا أعتقت الأمة فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإعتاق فولاء الولد لمولى الأم لأن الولد عتق بحكم التبعية لأمه باعتبار اتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في ولائها ولم يتيقن بوجوده حين الإعتاق حتى يكون العتق واردًا عليه فإذا أعتق العبد جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي أمه إلى مواليه لثبوت العتق في الولد تبعًا لا مقصودًا بخلاف الأول لأنه مقصود بالعتق لوجوده حالة الإعتاق الوارد على الأم بجميع أجزائها وههنا مدة الحمل كاملة بعد العتق فوقع الشك في الوجود حالة العتق فلم يعتق مقصودًا بالشك فعتق بالتبعية بحكم السراية والأصل في جر الولاء قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب يلحق بالآباء فكذا الولاء إلا أنا ألحقناه بمولى الأم ضرورة عدم أهلية الأب فإذا صار أهلًا بالعتق عاد الولاء إليه بمنزلة ولد الملاعنة فإنه ينسب إلى قوم الأم بحكم الضرورة فإذا أكذب الأب نفسه عاد النسب إليه لارتفاع المانع عن لحاق النسب قال   وإذا ولدت معتقة من عجمي أو من مولى موالاة يجعل ولاءه لمولى أبيه وقالا لمولى أمه   إذا تزوج العجمي معتقة فولدت منه ولدًا كان ولاء الولد لمولى الأم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمهم الله حكمه حكم الأب لأن النسب يلحق بالآباء فصار كما لو كان الأب عربيًا بخلاف ما لو كان عبدًا لكونه هالكًا معنى ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق ترتب الأحكام ألا ترى أنه يترتب عليه الكفاءة وهذا يتعلق بالنسب وهو في حق العجم ضعيف لأنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربيًا لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حق الكفاءة والعقل لأن تناصرهم بها فأغنى عن الموالاة ولا تناصر للعجم بالأنساب فألحقنا الولاء بمواليها لموضع النصرة وعلى هذا الخلاف إذا كان الأب كافرًا فأسلم وتزوج بمعتقة ووالى رجلًا فإن ولاء الولد لمولى

الأم لأن ولاءهم ولاء عتاقة وهو أقوى من ولاء الموالاة ألا ترى أن ولاء العتاقة لا يلحقه الفسخ وولاء الموالاة يلحقه الفسخ وعنده لموالي أبيه لأن الولاء تبع النسب والنسب للآباء فكان إلحاقه به أولى قال صاحب الهداية الخلاف واقع في مطلق المعتقة ولفظ العرب في مختصر القدوري في قوله ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب وقع اتفاقًا واستدل على الإطلاق بالمسألة الثانية فإنها في الجامع الصغير مطلقة عن القيد قال   وإذا أسلم على يد رجل ووالاه أو والى غيره على أن يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى صح إن لم يكن مولى عتاقة ويرثه إذا لم يترك وارثًا ه هذا هو ولاء الموالاة وهو أن يسلم رجل على يد آخر ويواليه فيقول له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت فيقول الآخر قبلت فذلك عقد صحيح وكذلك لو أسلم على يد رجل ووالى غيره وصحة الموالاة مشروطة بشروط أحدها أن يشترط الإرث والعقل لأنهما الالتزام فلا بد منه والثاني أن لا يكون المولى عربيًا لأن تناصر العرب بأنسابها إلى قبائلها وذلك الذي من ضرورة الموالاة ولأن العربي لا يسترق فلا يكون عليه ولاء العتاقة فولاء الموالاة أولى والثالث أن لا يكون قد عقل عنه غيره فقد تعلق به ولاء لا يفسخ فصار كولاء العتاقة والرابع أن لا يكون عليه ولاء عتاقة لأن ولاء العتاقة لازم فلا يظهر الأدنى وهو الموالاة مع بقائه الخامس أن يكون المولى عاقلًا بالغًا حرًا حتى لا يصح موالاة الصبي والعبد والمجنون ولو والى الصبي بإذن الأب والوصي جاز والولاء للصبي وإن والى العبد بإذن مولاه جاز والولاء لمولاه ويكون العبد وكيلًا عنه لأن الصبي من أهل الولاء والعبد ليس من أهله فثبت الولاء لأقرب الناس إليه وهو مولاه وإذا مات عن غير وارث ورثه عندنا وقال الشافعي ولاء الموالاة ليس بشيء ولا يورث به ولا يعقل لأن استحقاق الميراث بكتاب الله لصاحب الفرض والعصبة دون غيرهما وهذا ليس بذي فرض ولا عصبة فلا يرث ولأن ذوي الأرحام الذين هم مقدمون عليه لا ميراث لهم عنده فالأولى هذا ولأن فيه إبطال حق بيت المال فلا يصح كما لا يصح مع وارث آخر ولهذا منع الوصية في كل المال وإن خلا الموصي عن وارث لأجل حق بيت المال وإنما تنفذ في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم أي الذين عاقدتهم أيمانكم أي عاهدتموهم حذف ضمير المفعول العائد إلى الموصول وحذفه كثير والآية تقتضي إرث مولى الموالاة إلا أن أرباب الفروض والعصبات وأولي الأرحام يقدمون عليه بآية المواريث وبقوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض وقد نزلت الآيات بعد هذه فإذا لم يكن منهم أحد سلمت هذه الآية في مقتضاها عن المعارض فثبت مقتضاها ولأنه سئل صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد آخر ووالاه فقال هو أحق

الناس به بحياته ومماته اشارة الى العقل والارث ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء
واما بيت المال فالصرف اليه لضرورة عدم المستحق لا لانه مستحق وانما قال ولم يكن وارث
ليشمل ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما والرحم وارث لما نذكر في الفرائض
ان شاء الله قال ـــ ويجوز فسخه قولا وفعلا ش اما قولا فلانه عقد تبرع
اما من الاعلى فلانه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته واما من الاسفل فانه متبرع بجعله
خليفته في ماله والتبرع تصرف غير لازم فجاز فسخه ما لم يحصل عنه واما الفسخ قولا فلا
فهو ان يحضره الاخر اذ الفسخ لا يصح قصديا واما بالفعل مع غيبته كما اذا والى غيره لان ذلك
عزل حكمي فلا يشترط فيه العلم قال ـــ الا ان يعقل عنه لانه بالعقل تعلق به حق الغير
وهو بمنزلة عوض ناله كالهبة اذا عوض عنها قال ـــ ولو اقر به عتاقة لانه بالعقل
تعلق به حق الغير وهو بمنزلة عوض ناله كالهبة اذا عوض عنها قال ـــ ولو اقر به عتاقة فقال
بل موالاة يثبت الموالاة والاسقاط عنها لا يجوز وكذا لو كذبه فيه اصلا ثم اقر به لغيره اذا
اقر رجل انه مولى فلان ولاء عتاقة فقال فلان بل انت مولى موالاة لا يثبت ولاء الموالاة لتصادقهما
على اصل الولاء وليس له ان يحول عنه بولائه الى غيره وان كان قابلا للفسخ ابي حنيفة وقالا له
ذلك وكذا لو اقر له فكذبه به اصلا ثم اقر به لغيره فقال بل انت مولى فلان لم يصح عند ابي حنيفة وقالا لا
يصح لان اقراره بالرد والتكذيب صار كان لم يكن فكان له ان يثبت ولاءه ممن اراد وله ان
لحاق الاقرار بالعدم مخصوص بما اذا كان المقر به مما يقبل النقض والاسقاط والابرا كالدين ونحوه
اما اذا كان مما لا يحتمل النقض لزمه حكمه كمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته لمعنى ما ثم
ادعى الشاهد نسبه لم يصح فكذا هذا قال ـــ واذا ولدت مجهولة النسب بعدما والت تبع
ها فيه وكذا لو اقرت به او انشانه وهو معها ش هذه ثلث مسايل اولاها اذا والت المراة
رجلا ثم ولدت ولدا لا يعرف ابوه وهذا القيد من الزوايد فالولد تابع لامه في الولا فيكون
مولى لمولاها الثانية اذا اقرت بالولا لفلان وفي يدها صبي لا يعرف نسبه صح اقرارها
عليها وعليه ويصيران موالية الثالثة ان يكون الولد معها ثم ينشي عقد موالاة يكون تبعا ايضا
وهذه من الزوايد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يثبت ولا ولدها لمولاها في هذه الصور لهما
ان الام ليس لها ولاية على ماله فلان لا يكون لها ولاية على نفسه اولى وله ان الولا بمنزلة النسب
وهو نفع محض في حق الصغير المجهول النسب فتملك الام اثباته بالانشا والاقرار كقبول الهبة

كتاب الجنايات

الجناية هي الفعل المحظور الذي يتضمن الضرر فان صدر من الجاني على نفسه فحكمه في الاخرة وان صدر
على غيره فاما على نفسه او على طرف من اطرافه او على عرضه او ماله فالجناية على النفس هي القتل بانواعه
وعلى الطرف هي القطع والكسر والشجة والجرح وهذا الباب معقود لبيان ما يتعلق بهما من الجنايتين
من الاحكام اما الجناية على العرض فهي الغيبة وهي موجبة للاثم وهو من احكام الاخرة والقذف
وموجبه الحد كما ياتيك بيانه في الحدود والجناية على المال هي الغصب وقد مر بيانه والسرقة ويأتي الكلام
فيها قال ـــ ويقسم القتل الى عمد وشبهه وخطاء وما في حكمه وما بسبب ش المراد بالقتل
ههنا القتل الذي هو بغير حق وهو الذي يتعلق به الاحكام من وجوب القصاص والدية والكفارة
وهذه خمسة اقسام وبيان الحصر ان القتل اما ان يقع بمباشرة او بغير مباشرة والثاني
هو القتل بسبب والاول اما ان كان عن قصد او غير قصد والاول اما ان يكون بسلاح وما ناسبه
في تفريق الاجزا او غير ذلك والاول هو العمد والثاني شبهه وغير القصد اما ان كان حالة اليقظة
وهو الخطا او حالة النوم وهو ما اجرى مجراه فلا يقال ان المكره لم يباشر القتل وقد جعلتموه
عمدا حتى وجب به القصاص لانا نقول المكره لما كان مسلوب الاختيار لم يكن اضافة الحكم
اليه فكان كالالة للمكره واستقل نقله اليه فكان مباشرا للقتل حكما قال ـــ فاذا قصده
بسلاح او ما ناسبه في تفريق الاجزا كان عمدا ش العمد هو القصد وهو من اعمال القلوب ولا اطلاع
عليه الا بدليله فاذا ضربه بسيف او ما جرى مجراه في تفريق الاجزا كالليطة والمروة المحددة والنار
علمنا حصوله نظرا الى استعمال الالة الموضوعة للقتل عادة واذا قتله بحديد او صفر غير
محدد كالعمود والسنجة ونحوهما فيه روايتان ظاهرهما انه عمد باعتبار النظر الى الالة وفي
رواية الطحاوي ليس بعمد لان ذلك لا يفرق الاجزا ولو طعنه برمح لا سنان له فجرحه كان
عمدا لانه كالسيف في تفريق الاجزاء ولو قتله عمدا بما لا يقصد به القتل عادة كالابرة ونحوها
لم يكن موجبا للقصاص ولو كان يقصد به كالمسلة ونحوها يجب القصاص رواه ابو يوسف
وروي ان اصاب بالابرة مقتله عمدا قتل به والا فلا قال ـــ فاثم ولا يوجب الكفارة ش
اما الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية وعليه الاجماع
واما الكفارة فلا تجب فيه وقال الشافعي هي واجبة لان الكفارة شرعت طهرة
للذنب والعبد احوج الى التكفير من الخطاء فكانت العمدية ادعى الى الايجاب ولنا قوله
عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة فيهن الاشراك بالله وعقوق الوالدين والفرار من الزحف
وقتل النفس عمدا بغير حق واليمين الفاجرة ولانها كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة
فلا تناط بمثلها ولانها من المقادير فلا شرعية عينية لدفع الادنى وهو الخطا فلا نقاس عليه

العمد لان جناية العمد اعظم فلا يلزم من رفعها الادنى رفعها الاعلى وهذا لان محو الاثم شرع ما هو
عبادة من باب التخفيف لانه اسقاط لعقوبة الاخرة باقامة التوبة وشرع مثل هذا الحكم انما يكون مع
خفة السبب فاذا غلظت الجناية وتكاملت لم يكن شرعها ملايما له قال ويوجب به القود
عندنا عينا وقال الشافعي في قول هو مخير بين القود والدية لطالب الولي بايهما شا وفي قول
الحق موجبه القود وللولي العدول عنه الى الدية من دون رضا القاتل هو يقول ان شرعية المال
في القتل اصل مشروع لجبر حق المقتول ثم ما ثبت عليه بدليل حالة الخطاء فان الفوات فيهما
جار على نمط واحد وطريق الجبر في الاصل هو التحصيل وايجاب المال وفي العمد وجب لشرع القصاص ص
ضمانا زايدا على خلاف الاصل في ضمان العدوان بحكم ابقاء الحيوة فشرعه لا ينفي الضمان الاصلي
ونحن نقول المال لا يصلح ضمانا للادمي لان ضمان الجبر يعتمد المماثلة ولا مماثلة بين الادمي وبين المال لا صورة
ولا معنى اما الصورة فظاهر واما المعنى فلان الادمي خلق مكرما بانواع الكرامة من
الخلافة وحمل الامانة وغير ذلك والمطلوب من وجوده معرفة الله تعالى وعبادته والمال خلق لاقامة
مصالحه فلم يكن مماثلا له في المعنى المطلوب واذا انتفت المماثلة لم يصلح ان يكون ضمانا اصليا وتبين
ان الوجوب حالة الخطاء على خلاف الاصل شرع صونا للدم عن الهدر قال الا ان يعفو
او يعفوا الاولياء ش اما الاول فلفوات محل الاستيفا واما الثاني فلان الحق لهم فاذا عفوا
عنه فقد اسقطوه قال او صالحوه على مال برضاه يجب في ماله او سقط بشبهة
يجب الدية في ماله في ثلث سنين لان القصاص حق الورثة وكما كان لهم اسقاطه اصلا
بالعفو كان لهم ان يعوضوا عنه مع اشتمال الصلح على احسان الاولياء واحياء القاتل محمود
بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لعدم التقدير الشرعي فيكون مفوضا الى اصطلاحهم
كالخلع وغيره والاصل فيه قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان
نزلت في الصلح فانما يتحمل القاتل بمال الصلح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا
وهذا عمد وصلح فلا تتحمله العاقلة يجب في ماله على ما اصطلحا عليه من تعجيل او تاجيل او تنجيم
لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وان لم يذكرا شيئا كان المال حالا كسائر المعاوضات عند
الاطلاق واذا اسقط القصاص بشبهة كما في قتل الوالد ابنه فالدية واجبة في مال القاتل
لما روينا وهذا عمد وانما تتاجل الى ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه
العمد والاول اعني الارش الواجب بالصلح يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع
قال او يعفو بعضهم او صالح يجب بقيتها على العاقلة لان الحق مشترك بين الورثة فلكل
منهم العفو عن نصيبه والصلح عنه كغيره من الحقوق والقصاص لا يتجزى فالعفو عن حصته او الصلح يسقط

حصته فيسقط الكل ضرورة عدم التجزي واذا اسقط القصاص في نصيب غير العافي انقلب حقه مالا
لئلا يسقط لا الى عوض ولم يجب على القاتل لعدم التزامه ولم يجب على العاقلة لانه مال وجب بتعمد
من القاتل فصار كالخطاء وليس للعافي منه شي لسقوط حقه بعفوه قال واعتبر الصلح في
مرض الموت من كل المال لا من ثلثه ش الصلح عن قتل العمد في مرض القاتل يعتبر من كل المال وقال زفر
من ثلثه لانه تبرع لانه بدل مال لا في مقابلة مال ولنا انه في مقابلة اعز الاشيا وهو النفس
قال وجعلوا شبه العمد نوعا ش شبه العمد نوع من انواع القتل كما سماه وقال مالك رحمه
الله القتل نوعان عمد وخطا لا غير لان العمدية ان كانت محققة فيه فهو العمد والا فهو الخطا لا ثالث
الواسطة بينهما كما في ساير الافعال وكما في الجناية على الاطراف وعندنا اقسام القتل خمسة
كما تقدم بيان حصرها وان شئنا قلنا اقسامها ثلثة عمد وشبهه وخطا لان القسمين الاخيرين
احدهما اجري مجرى الخطا والاخر ليس بقتل مباشرة فنقول العمدية اما ان قارنت ما وجد منه من
القتل او لم تقارن والثاني الخطاء والاول اما ان يكون بما يفرق الاجزاء وما يجري مجراه او لا يكون
فالاول العمد والثاني شبهه هذا على قول الامام واما على قولهما فالتقسيم في الاول اما ان
يكون بما يقتل غالبا او لا يكون والاول العمد والثاني شبهه وانما اعتبرنا الالة لقوله صلى الله
عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولهذا وقعت التفرقة
بين القتل وبين ساير الافعال وانما يكون في الاطراف عمدا لما ياتي ان شا الله قال وهو ان
يتعمد الضرب بما لا يفرق الاجزا وقالا بما لا يقتل غالبا ش شبه العمد نفسه عند ابي حنيفة رحمه الله
اذا ضربه بخشبة عظيمة او بحجر عظيم فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبا كالسوط ط
والعصا الصغيرة لان العمدية يتقاصر بقصور الالة وهذه الة يستعمل للتاديب دون القتل فاذا
حصل بها القتل كان معنى العمدية قاصرا بخلاف ما اذا كانت الالة عظيمة لان العمدية متكاملة
لانها كالسيف في افضائها الى القتل واستعمالها فيه فيجب به القصاص وله ان الشبه في العمدية
والقصد يعرف من قبل الالة وهذه الالة ليست موضوعة للقتل ولا صالحة له لان المعنى
اذا ثبت لشي استوى فيه صغيره وكبيره كالحديد لما وضع للقتل استوى فيه صغيره وكبيره
لثبوت المعنى للكل واما الخشب فليس بمهلك وضعا وانما يصير مهلكا باعتبار حاله وهو انه عظيم
ففي شبهة عدم القصد باعتبار الاصل وهو كونه غير موضوع للقتل والقصد ثابت باعتبار
الحال فيبقى شبه العمد من هذا الوجه قال ويجب به الاثم والتكفير بعتق رقبة مؤمنة فان
لم يجد فصوم شهرين متتابعين والدية المغلظة على العاقلة ش اما الاثم فلانه قتل عن قصد
منه واما الكفارة فلشبهه بالخطا وهي عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة

فان لم يجد فصوم شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيها الاطعام لعدم ورود النص
ويجزيه الرضيع الذي احد ابويه مسلم لانه مسلم باسلامه والظاهر سلامة اعضائه ولا يجزيه ما
في البطن لانه مجهول الحياة والسلامة ولا قصاص في شبه العمد لان القصاص يسقط بالشبهة
ولان القصاص يوجب العمد المطلق واذا تمكنت الشبهة فيه لم يكن عمدا على الاطلاق واما وجوب
الدية المغلظة على العاقلة فلاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك وان اختلفوا في كيفية التغليظ
على ما ياتيك ان شاء الله والاصل ان كل دية تجب بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فذلك على
العاقلة لان الاصل في وجوب الدية بالقتل حالة الخطا انما كان لمعنى التخفيف والتزمه لما تمكن
من العذر في فعله وفي شبه العمد قد تمكن العذر في فعله ايضا من الوجه الذي ظهر الخلل في قصده
من قبل الالة فامكن التطرق بالايجاب على العاقلة ويجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله
عنه قال ويكون عمدا فيما دون النفس لان قصد الاتلاف للنفس يختلف باختلاف
الالات وما دون النفس لا يختص باله دون اله فبقي المعتبر تعمد الضرب وقد وجد فكان عمدا
قال واذا رمى غرضا فاصاب ادميا او من يظنه حربيا فاذا هو مسلم فقتله خطا فلا
اثم وتجب الكفارة والدية على العاقلة الخطا على نوعين خطا في الفعل وهو ان يرمي غرضا
فيصيب ادميا وخطا في القصد وهو ان يرمي من يظنه حربيا فاذا هو مسلم او صيدا فاذا هو
ادمي وحكمهما واحد فلذلك جمعهما في الكتاب ولا اثم في الخطا يعني اثم القتل واما الفعل
في نفسه فلا يخلو عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت والكفارة شرعت في الخطاء
لهذا المعنى واما الدية فلقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وهي على العاقلة لما بينا ولما ياتيك في
الديات قال واذا انقلب النائم على غيره فقتله اجري مجراه هذا القسم يلحق بالخطاء
في جميع احكامه وهو ان ينقلب النائم على اخر فيقتله لان النائم لا قصد له فلا يوصف فعله بالعمد
ولا بالخطاء الا انه في حكم الخطا لحصول الموت بفعله كالخاطي قال واذا حفر بئرا او وضع
حجرا في غير ملكه فعطب به انسان وجبت ديته على العاقلة لا غير ويضمن غير الادمي
من ماله هذا هو القسم الخامس وهو القتل بالتسبيب وذلك ان يضع حجرا في غير ملكه
او يحفر بئرا في غير ملكه وانما تجب الدية على العاقلة لان الشرع انزله موقعا ودافعا من
حيث تسبيب الاتلاف ولان العاقلة تعقل الخطا تخفيفا على القاتل لخوف استئصال ماله
والتسبيب دون الخطاء في الجناية فكان اولى بالتخفيف واما ما يضمن غير الادمي كالاموال
والعروض والحيوان وغير ذلك من ماله لان العاقلة لا تعقل الاموال وهذا الحكم ثابت في جميع
فروع القتل بالتسبيب ويعتمد ضمان التسبيب وصف التعدي وقد نبه عليه بقوله في غير ملكه

لان تصرفه في ملكه مشروع ومأذون له فيه فلم يكن متعديا فلا يجب ضمان ما تلف به ولا يتعلق
به الكفارة ولا حرمان الارث عندنا وقال الشافعي يلحق بالخطاء في حق احكامه لان الشرع جعله
قاتلا بهذا الفعل فتترتب عليه احكام القتل ونحن نقول القتل معدوم منه حقيقة لان التصرف لم
يوجد منه في المتلف وانما وجد في محل اخر والحاق المسبب بالمباشر على خلاف الاصل في ايجاب
الضمان فبقي في حق الكفارة وحرمان الارث على الاصل ولو سقاه سما فقتله فهو سبب لعدم
المباشرة ولا دية لانه ليس بموضوع للقتل فانه مختلف باختلاف الامزجة ولو دفعه اليه فشربه هو
لا شيء عليه ولا على عاقلته لانه هو الذي قتل نفسه والحكم ينقطع عن السبب اذا امكنت الاضافة
الى العلة فيلحق بالموقع نفسه في البئر قال ويحرم الميراث بالكل الا بالتسبب لقوله صلى الله
عليه وسلم لا ميراث لقاتل والمسبب ليس بقاتل ولا متهم لانه لا يعلم ان يموت مورثه بوقوعه في البئر وفي
شبه العمد القتل موجود متعلق به الحرمان والشبهة اثرها في اسقاط القصاص وفي الخطاء
نوع اثم كما بيناه ولذلك وجبت الكفارة فيه فتعلق به الحرمان قال وعمد
الصبي والمجنون خطأ فتجب الدية على عاقلتهما لا في مالهما ولا يحرمهما الميراث ولا توجب عليهما
الكفارة عمد الصبي والمجنون والمعتوه خطأ وفيه الدية على العاقلة وقال الشافعي هو عمد حقيقة
لانه عبارة عن القصد غير انه تخلف احد حكمي العمد وهو القصاص لانهما ليسا من اهل العقوبة
فيتعين حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا قال بوجوب الكفارة وبالحرمان من الارث
لتعلقهما بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته
وقال عمده وخطاؤه سواء والصبا مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت
الدية على العاقلة فالصبي هو اولى بهذا التخفيف وعمديته حقيقة ممنوعة لانها تترتب على العلم
والعلم على العقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصره فلا يتحقق منهما قصد كالنائم ولما لم
يكونا من اهل العقوبة لم يحرما الميراث لان الحرمان عقوبة وكذلك لم تجب الكفارة لانها
شرعت زاجرة ولا ذنب عليهما لان القلم مرفوع عنهما قال ويقتص من حر لعبد ومسلم
لذمي ولا يقتلان بمستامن يقتل الحر بالعبد كما يقتل العبد بالحر وقال الشافعي رحمه الله
لا يقتل الحر بالعبد وكذلك لا يقتل المسلم بالذمي لانه يؤدي الحرية وقال الشافعي لا يقتل
به واجمعنا على ان المسلم والذمي لا يقتلان بالكافر المستامن الا رواية عن ابي يوسف فانه
قال يقتل المسلم بالمستامن اعتبارا بالذمي للعهد وكذلك الذمي وسياتي الجواب عنه
للشافعي قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وهذا تفسير لما شرع في حق القتل فيجب
ان يدل على الحصر فانتفى جواز قتل الحر بالعبد ضرورة هذه المقابلة ولان مبنى القصاص على المساواة

والدية في مالهم لا تعدم

وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما
يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان وفي الثانية قوله عليه السلام
لا يقتل مسلم بكافر ولان القصاص يعتمد المساواة وهي فائتة نظرا الى الاختلاف بين عصمة المسلم
والذمي وللحر والعبد في القوة والتأبيد فان الاسلام اقوى شيئا في ثبوت العصمة من الذمة وكذلك
ما به شرف الحرية وهو الادمية اقوى مما هو سبب العصمة في العبد وهو المالية واذا تفاوتت
العصمة انتفى التساوي فلا يشرع القصاص ولان الكفر مبيح للقتل في الجملة لكونه من اعظم الجنايات
وانما سقط القتل في الذمي بعارض عقد الذمة فكانت العلة مؤثرة شبهة مؤثرة في سقوط
القصاص عن المسلم بقتله ولنا في الاولى قوله تعالى النفس بالنفس وهي ناسخة لاية البقرة
في قول جمع من السلف والمائدة محكمة كلها وعلى انها غير منسوخة فلا دلالة فيها على التخصيص لان
العبد يقتل بالحر والذكر بالانثى والانثى بالذكر فلم يبق حجة في التخصيص على ان سبب نزولها
يظهر المراد بها وهو ما كان بين بني النضير يتفاضلون بني قريظة وخزرجا ويقتلون الحر من
احدهم بالعبد من الاخر والذكر بالانثى والعشرة بالواحد وارادوا مثل ذلك في الاسلام فنزلت
ولان العصمة بينهما ثابتة على السواء لاستوائهما في التكليف او الدار والمالية لا تخل بالعصمة واذا
استويا في العصمة جرى القصاص بينهما وانما لم يجر في الاطراف لما بيناه ان شاء الله ولنا
في الثانية قوله عليه السلام انما قبلوا عقد الذمة ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
ومن المشهور انه صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته ولان القصاص
يعتمد المساواة وهي ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والكفر انما يكون مبيحا في حق المحارب
دون المسالم والذمي محقون الدم على التأبيد كالمسلم وهذه العصمة المؤبدة مما ينفي تمام شبهة
الاباحة لانها لو ثبتت بوجه ما انتفت شرعية القصاص بقتله مطلقا اذ المعنى القائم بالمحل لا يختلف
باختلاف القاتل ولهذا لو قتله ذمي وجب القصاص وانما كان الكفر مبيحا للقتل لا لذاته ولكن بواسطة
كونه باعثا على الحراب لان الاصل في اجزية الافعال تأجيلها الى دار الجزاء وما قدم منها ما قدم الا لدفع
الضرر اللاحق بالعباد والضرر اللاحق بالكفر ليس الا انه باعث على الحراب فاذا انتفى ذلك بعقد الذمة
لم يبق مبيحا الا ترى ان كفر المرأة لا يبيح قتلها لانها لا تستعد للمحاربة باصل الخلقة واذا ارتفعت
الاباحة ثبتت العصمة على الاطلاق واذا استويا فيه ترتب القصاص عليه وبين ما قررنا ان المراد
بقوله عليه السلام لا يقتل مسلم بكافر اي حربي مستامن ولهذا عطف على المسلم قوله ولا ذو عهد
في عهده اي لا يقتل مسلم ولا ذو عهد في عهده بكافر حربي وانما يقتل المسلم والذمي بالمستامن لان
كونه باعثا على الحراب باق لانه على عزم العود والمحاربة فلم يكن محقون الدم على التأبيد وشرط القصاص

العصمة المؤبدة فقامت الشبهة المانعة عن القصاص وهذه من الزوائد قال ويقتل الرجل
بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن والمجنون لقوله تعالى النفس بالنفس ولان القتل عرف بالروح
بالازهاق وهم متساوون في النفسية ولانا لو اعتبرنا العصمة فيما وراء العصمة من الاطراف والاوصاف
لامتنع القصاص ولغا على المشروع بالنقض والحكم في المجنون من الزوائد قال ولا يقتل بعبده وعبد
ولده ومكاتبه ومدبره وام ولده ولا والد وان علا بولده وان سفل ولم يقتصوا منه لو ذبحه
اما العبد فلقوله صلى الله عليه وسلم في رواية عمر رضي الله عنه لا يقاد والد بولده ولا سيد
بعبده ولانه لو وجب القصاص لوجب له ويستحيل ان يجب له على نفسه قصاص وكذلك اذا كان
القاتل مالكا لبعض العبد لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض سقط في الكل واما المكاتب
والمدبر وام الولد فلانهم في معنى العبد والحكم في ام الولد من الزوائد واما الولد فلما روينا
ومعنى قوله وان علا اي يقتل الجد صاعدا سواء كان من قبل الرجال والنساء وقوله وان سفل يشمل
ولد الولد ويدخل في اطلاق الوالد الام والجدة من قبل الرجال والنساء وهذا لان الوالد ذخيرة
من الولد فانه اصله واهلاك الاصل بسبب الفرع غير مشروع وكذا اهلاك الاصل بالجزء والاجداد
والجدات كانوا اسباب وجوده فنزلوا منزلة الاب والام وقوله وان علا وان سفل من الزوائد وقد
اشار الى خلاف مالك رحمه الله بقوله ولم يقتصوا منه لو ذبحه فان لو قال اذا ذبح ولده يقتص
منه عنده بخلاف ما لو قتله بالسيف والفرق ان الشبهة في عدم العمد به بالسيف قائمة وهو انه قد
يقصد بتحريك السيف عليه تاديبه طلبا للانزجار ثم تحرك الولد فيصيبه السيف بخلاف
الذبح لانتفاء هذه الشبهة ولنا ما روينا والعمدية ثبتت نظرا الى الالة المستعملة في ازهاق
الروح قال وتجب الدية في ماله في ثلاث سنين لا في الحال اما وجوبها على الاب في ماله
فلما مر ان العاقلة لا تعقل عمدا واما التاجيل الى ثلث فمذهبنا وقال الشافعي تجب في الحال
لان الاصل فيما وجب بالاتلاف ان يجب حالا والتاجيل لعارض التخفيف في حق الخاطئ وهذا عامد
فلا يستحقه ولنا انه مال واجب بالقتل فيجب ان يكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا
لان القياس يابى تقوم الادمي لعدم المماثلة بين النفس والمال لكنه ثبت شرعا وقد ورد به
مؤجلا فلا يعدل عنه قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لان الولد لا يثبت له قصاصا ص
على الاب ويسقط بحرمة الابوة قال ويقتص من العبد اذا اقر بالعمد لان هذا الاقرار
من العبد لا تهمة فيه لكونه عائدا عليه بالضرر فيقبل وهو يجري على اصل الحرية باعتبار
الادمية فيما يرجع الى الدم وهذا لا يقبل اقرار المولى عليه بحد ولا قصاص وان كان هذا الاقرار
صادف حق المولى لكن ذلك ضمني لا قصدي فلا يبحث مراعاته قال ومن جرح عمدا

فمات المجروح منها اقتص منه ه اذا جرح رجل رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
من تلك الجراحة اي لم يعترض له عارض آخر يضاف الموت اليه ظاهرا فعليه القصاص لوجود
السبب وعدم ما يبطله قال ولو رمى عمدا فنفذ الى آخر فماتا وجب القصاص للاول والدية
للثاني اما الاول فلانه عمد واما الثاني فلانه احد نوعي الخطا لانه بمنزلة من رمى غرضا
فاصاب غيره فيجب الدية فيه على العاقلة وهذا الفعل هو الرمي وان كان واحدا الا انه
تعدد حكما لتعدد اثره فتعدد موجبه قال ويستوفيه بالسيف لا بما قتل به ه مذهب
الشافعي رحمه الله ان القاتل يستوفى منه بمثل ما فعله في المقتول ان كان فعلا مشروعا
فان مات والا تحز رقبته حتى لو كان قطع يده فمات فالولي يقطع يد القاطع فان مات من
القطع والا تحز رقبته لان القصاص يستدعي المماثلة وعندنا لا يقتص الا بالسيف وما يجري
مجراه في ازهاق الروح لقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد السلاح وما يجري
مجراه في الفعل بلا غرامة للحديث ولان فيما ذهب اليه استيفا الزيادة ويتقدر عدم
حصول المقصود بمثل ما فعل وهو حز الرقبة فيتحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل
المكاتب عن وفاء وله مولى استوفاه مولاه ومنعه او ورثته فلا قصاص وان اجتمعوا معه ه
هاتان مسألتان الاولى اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وقد ترك وفاء فللمولى
استيفا القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا وانما اسقط
فيه لعدمه احتمالا الدلالة له استيفاء القصاص عليه لمحمد انه اشتبه سبب الاستيفا فانه
ان مات حرا فهو الولاء او عبدا فهو للملك لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في المكاتب
يموت عن وفاء فقال بعضهم يموت عبدا وتبطل الكتابة وقال بعضهم يؤدي بدل الكتابة
من اكسابه ويحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته ففي الاول يجب القصاص للمولى بالملك وفي الثاني
يجب للمقتول ثم ينتقل بالولاء الى المولى ومع الاشتباه لا يمكن القضاء بشيء وصار كمن قال لغيره بعني هذه
الجارية بكذا فقال زوجتكها لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا وكما لو ترك وارثا آخر ولهما
ان حق الاستيفا له مطلقا مات او عبدا والمستوفي وهو المولى معلوم والحكم وهو القود واحد واختلاف
سبب الاستيفاء لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم يمنع من ترتب الحكم على السبب فلم يبال به
بخلاف ما استشهد به لاختلاف حكم ملك اليمين وحكم النكاح المسألة الثانية اذا ترك وفاء وترك
ورثة غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع المولى لان من له الحق ها هنا مشتبه لانه ان مات عبدا فالحق
للمولى وان مات حرا فللورثة وهذا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موته على الحرية او الرق واذا اشتبه
ولي الحق تعذر استيفاؤه بخلاف المسألة الاولى لان صاحب الحق فيها واحد معلوم فرعان فان

قتل عن غير وفاء ولا وارث الا المولى فالقصاص له لانه مات عبدا اجماعا وان له ورثة احرار وجب
القصاص للمولى ايضا بالاجماع لانه مات عبدا يقينا لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم
يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال او اعتقه مولاه بين القطع والسراية وهو الوارث
حكم بالارش والنقصان وهما بالقصاص ه رجل قطع يد عبد غيره عمدا ثم اعتق مولى العبد العبد ثم
سرى الى النفس فمات العبد من القطع ووارثه مولاه لا غير فله ان يقتص عند ابي حنيفة وابي يوسف
فيقتل القاطع قصاصا وقال محمد له ارش يده وما نقصه القطع الى ان اعتقه والتنبيه على النقصان ب
من الزوائد حتى اذا كانت قيمته وقت القطع مائة وعادت بالقطع الى خمسين ثم صارت لتواتر
الضعف والالم عند العتق بثلثين يجب على القاطع سبعون وما بقي من القيمة يسقط بالاعتاق
وهذه المسألة والاختلاف فيها نظير سابقتها فان عند محمد لا يجب القصاص للتردد في سبب
الاستيفاء وعندهما يجب لان المستوفي وهو المولى واحد وهو معلوم بخلاف ما اذا كان له وارث
آخر غير المولى للتردد في المستوفي قال وعبد مرهون لم يستوف حتى يجتمع الراهن والمرتهن
لان المرتهن لا ملك فيه فاستيفت ولايته والراهن الذي ملكه لو تولى استيفاء القصاص
بطل حق المرتهن في الدين فوجب اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه فلا يرجع على الراهن قال
وللكبار الورثة الاستيفاء وقالا لا حتى يبلغ الصغار ان القصاص اذا كان بين صغار وكبار فللكبار
استيفاؤه في الحال من غير ان ينتظر بلوغ الصغار عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغوا
لانه حق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه كما لو كان بين حاضر وغائب وله ان القصاص
لا يتجزى لان سببه لا يتجزى وقد ملكه الورثة لذلك فثبت لكل واحد على الكمال كانه منفرد به كما
في ولاية النكاح الثابتة بين الاولياء المتساوين في الدرجة وهذا لان احدا لو لم يبادر الى
الاستيفاء بغير اذن الآخر لم يضمن له شيئا بخلاف الغائب لان امكان عفوه قائم فيكون فعل الحاضر
اراقة لدم معصوم لان الحق وان ثبت لكل منهما كملا الا ان العفو الصحيح من احدهما بمنزلته من القتيل
نفسه في حق سقوط القصاص فهذا الاحتمال مانع من تفرد الحاضر بالاستيفاء ولا كذلك في
مسألتنا اذ العفو لا يصح من الصغير فلا يكون فعل الكبير اراقة لدم معصوم وهذه المسألة مذكورة في
المبسوط في كتاب الصلح وهي بهذا المكان اليق قال ولو اقام احد وليين القتل والآخر غائب
حبس القاتل حتى يحضر ويعيدها والاعادة شرط وقالا لا حضوره ه قال ابو حنيفة رحمه
الله اذا اقام احد وليي المقتول بينة على القاتل بالقتل مع غيبة الولي الآخر فان القاتل يحبس حتى يحضر
الولي الآخر فاذا حضر فلا بد من اعادة البينة لاستيفاء القصاص وقالا لا حضوره كان واجمعوا
ان الحاضر منهما لا يستوفي قبل حضور الآخر لاحتمال عفوه واجمعوا في الخطاء انه لا يعيدها وان

البينه فايمه ممن له اقامتها على الخصم عند القاضي وانما امتنع الاستيفاء بسبب غيبة الولي الاخر تحرزا عن اراقة الدم المعصوم لاحتمال العفو الصحيح منه فاذا حضر ارتفع الاحتمال فيترتب على البينة موجبها وهو الاستيفاء كما لو كان القتل خطاء وكون القصاص حق القتيل من وجه الا ترى انه لو عفي بعد الجرح صح عفوه ولو انقلب مالا قضيت به ديونه ونفذت منه وصاياه وهو حق الورثه من وجه الا ترى انهم لو عفوا بعد الجرح قبل الموت صح ولو لم يكن حقهم لم يصح كالابراء عن الدين قبل موته فكان الاحتياط في اشتراط اعادة البينه بخلاف الخطا لان موجبه المال وهو حق القتيل من كل وجه لكونه عوضا عن دمه الا ترى انه يصرف الى مصالحه او لا كتجهيزه وتكفينه وقضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وليس مبناه على التغليظ حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك العمد واحد الورثه ينتصب خصما عنه وعن باقي الورثه فيما يدعي للميت او يدعى عليه كذلك ومن حيث هو حق الورثه لم يكن الحاضر وكيلا عن الغائب ولا نائبا عنه فيما هو حقه فلم يكن البينه قائمة ممن هو خصم فلم يثبت بالشك عند حضور الغائب ممكنه الاستيفاء قبل الادعاء قال ويقتل الجمع بالواحد لما مر من العمومات ولما روي ان سبعة من صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم به وعليه اجماع الصحابه قال والواحد بالجمع ويكتفى به رجل قتل جماعة فانه يقتل بهم ولا يجب لاولياءهم غير قتله وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل بهم جميعا وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل بمن خرجت قرعته لان الموجود منه عشر قتلات مثلا والقتل الواحد لا يوازنها فاتفقت المماثله المرعيه في القصاص وهذا هو القياس في الفصل الاول الا انا عدلنا عنه بالنص وبحكمة الزجر والردع لان القتل غالبا يقع بالتغالب فنزل كل منهم متفردا بالقتل حكما والاخر كالمعين لتحصيل المقصود وهذا المعنى مفقود هاهنا ولنا ان العشرة اذا قتلوا واحدا اعتبر كل منهم مستوفيا حقه على الكمال والا لما وجب القصاص وكذا اذا وقع جزاء نزل كل منهم كملا الا ان هاهنا شبهه وهي ان القتل اذا صار مضافا الى هذا المرء حتى يكون اضافته الى غيره فقامت شبهة عدم الاضافه الى كل واحد منهم فنقول هذه شبهة اعرض الشرع عنها حيث حكم بوجوب القصاص عن كل واحد منهم واذا اعرضنا عنها في حق وجوب القصاص فالاعراض عنها في طرف الاستيفاء اولى لان جعله مستوفيا حقه مع الشبهه اولى من ايجاب القصاص مع الشبهه قال ولا يقتص من شريك الاب والصبي والمجنون كالخاطي ه رجلان اشتركا في قتل رجل عمدا واحدهما ابوه او مجنون او صبي او مولاه والاخر اجنبي عاقل بالغ فلا قصاص عليه وقال الشافعي على الاجنبي العاقل البالغ القصاص لانه شارك في قتل

محقون الدم على التابيد عمدا فيلزمه موجبها لان الموجود في المحل هو القتل الموصوف بهذه الصفه وهو موجود منهما فكان فعل كل منهما بعض العله فيجب القصاص على الشريك لقيام الموجب وارتفاع المانع وان لم يجب على الاخر لقيام المانع ولنا ان الموجود منهما قتل واحد وانه لا يوجب القصاص على احدهما فلا يوجبه على الاخر لعدم التجزي ولاستحالة كون الشي الواحد في المحل الواحد موجبا للقصاص وغير موجب له وصار كما لو كان احدهما عامدا والاخر مخطيا وقد نبه في المختصر على انه موضع الاجماع بجعله مقيسا عليه وهو من الزوايد قال ولو قطعا يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الديه اذا اشتركا في قطع يد رجل بان اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت تقطع يداهما عند الشافعي رحمه الله اعتبارا بالانفس اذ الاطراف تابعة للنفوس فتاخذ حكمها والجامع تحصيل مصلحة الزجر عن امثال هذه الجنايه على المحل المعصوم وعندنا لا يجب القصاص وعليهما نصف الديه لان كلا منهما قاطع بعض يده لان المحل قابل للتجزي والقطع حصل بفعلهما فيضاف الى كل منهما بعضه فلا مماثله فلا قصاص بخلاف النفس لان الجنايه عليها بالازهاق لا يتجزى فنزل كل من الشريكين منزلة المنفرد بالازهاق والمجب نصف الديه لانه دية اليد الواحده وهما قطعاه قال ولو قطع يميني رجلين فقطعا يمينه فاقتسما نصف الديه ولم يوجب الديه للثاني والقطع للاول ه رجل قطع يميني رجلين معا او على التعاقب فلهما ان يقطعا يمينه وياخذا منه نصف الديه يقتسمانه نصفين وقال الشافعي رحمه الله ان حصل القطع على التعاقب قطع للاول منهما وتعين المال للثاني وان حصل منهما معا اقرع بينهما فقطع لمن خرجت قرعته وكان المال للاخر لان الاول استحق يده فلا يثبت استحقاق الثاني فيهما كالرهن وفي القران لما لم تف اليد الواحدة بالحقين جميعا رجحنا بالقرعه ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الحكم كالغريمين في تركة الميت ولان حقه في يده تطهر في حق الفعل لا في غيره الا ترى انه لو قطعت يد القاطع ظلما كانت الديه له فكان الثابت له استيفاء القطع فظهر الملك في حق الفعل فلم يمنع انعقاد القطع الثاني سببا مع وجود الاول فيقطع لهما وتقسم الديه بينهما لانه اوفى بعض طرفه حقا مستحقا عليه فصار كالسالم له فيجب عليه الديه اما في القتل فاذا اسلم نفسه اليهما فقتلاه صار كل واحد مستوفيا حقه على الكمال وهذا بخلاف الرهن لان الحق متعلق بالمحل وصار كما قطع العبد يمينيهما على التعاقب فان حقهما يتعلق برقبته قال فان في حضر احدهما وحضر لاخر اخذ المال اذا حضر احدهما وغاب الاخر كان لهذا الحاضر ان يستوفي ولا ينتظر الغائب لان حق كل واحد منهما في كل اليد واستيفاء البعض لمكان المزاحمه فاذا كان غايبا استوفى الحاضر كاحد الشفيعين اذا حضر قضي له بالجميع وللاخر اذا حضر ديه يده لانه اوفى بذلك حقا مستحقا عليه وهذا بخلاف القصاص في النفس اذا حضر احدهما وقتله لم يجب للاخر

شيء لان فوات حقه في الاستيفاء كان لعيبته لا لقصور في المحل فانهما اذا اجتمعا واستوفيا حقه على
الكمال فلا يجب معه الدية قال ـــ ولو قضى لهما فعفى احدهما قبل الاستيفاء اوجب للعافي نصف الدية
وللاخر كلها وقالا له القصاص ه رجل قطع يميني رجلين فقضى القاضي بقطع يمينه قصاصا وارش
يد بينهما نصفين ثم عفى احدهما عنه فللاخر ان يقتص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد للاخر
عليه ارش اليد دون قصاصها لان القصاص والارش مشترك بينهما بالقضاء ومن ضرورته بطلان حق
كل منهما في كل القصاص كالقضاء بالشفعة للشفيعين اذا اسلم احدهما بعد القضاء لا ياخذ الاخر
الا نصفها فكذا ههنا سقط حق كل منهما في نصف القصاص واذا عفى احدهما انقلب نصيب الاخر
مالا فيستوفي ارش اليد كاملا والعافي يستوفي نصف الارش الذي كان قد قضى به القاضي بينهما ولهما
ان الامضاء من القضاء في باب العقوبات لما ياتيك في الحدود ان شاء الله فكان العفو قبل الامضاء كالعفو
قبل القضاء ولو كان العفو قبل القضاء فللاخر القصاص فكذا هنا بخلاف الشفعة لاختلاف
حال التسليم بعد القضاء وقبله نعم ولو قضى القاضي بالدية وقبضاها ثم عفى احدهما
لم يكن للاخر القصاص لانهما بقبض الدية ملكاها ومن ضرورته ان لا يبقى الحق في كل اليد فلا يبقى
له استيفاء كل اليد بعد عفو الاخر وكذلك لو اخذا بالدية رهنا لان الثابت في باب الرهن
يد الاستيفاء فصار نفس الرهن كقبض الدية ولو اخذا بالدية كفيلا ثم عفى احدهما فللاخر القصاص
لان الكفالة توثق وليس فيه معنى الاستيفاء فبقي الحكم في الكفالة على ما كان من قبل قال ـــ ولا
يجري القصاص في الاطراف بين العبيد ولا بين الرجل والمراة ويجري بين المسلم والذمي الاصل في هذا
ان التساوي في الارش شرط جريان القصاص فيما دون النفس وعند الشافعي ليس بشرط لان الاطراف تابعة
للانفس ففي كل موضع جرى القصاص فيه بين الانفس يجري في الاطراف الا في فصل واحد وهو ان
الصحيح يقتل بالاشل ولا يقطع به لاستوائهما في الروح واختلافهما في القطع لان محل القطع لا تساوي
فيه بينهما لان الشلاء لا معنى لها ونحن نسلك بالاطراف مسلك الاموال لان الشرع قومها فكانت
قيمة اليد معتبرة شرعا فان ما لا قيمة له كالذي لا معنى له فصار التفاوت في المعنى الشرعي كالتفاوت
في المعنى الحسي الذي هو البطش الا ان التفاوت في البطش غير مقدر لانه غير معلوم فاعتبر فيه اصل
السلامة وسقط اعتبار التفاوت واما التفاوت من حيث القيمة فمعلوم قطعا فمنع ذلك من استيفاء
القصاص وهذا بخلاف القصاص في النفس لان التفاوت في النفس لا يمنع القصاص لان الدية بدل
عن الاجزاء وليست بدلا عن الروح والقصاص في النفس محله الروح ولا يقال ان التفاوت
المعنوي انما يمنع استيفاء الاكمل بالانقص ولا يمنع استيفاء الانقص بالاكمل فان الاشل يقطع بالصحيح اذا
رضي صاحب الحق وههنا لا يقطع يد الانثى بالذكر ولا يد العبد بالحر وان رضي من له الحق لان ا

النقصان لانا نقول شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان اصليا منع شرعية
القصاص وان كان عارضا مع المساواة الاصلية شرع القصاص نظرا الى المساواة الاصلية ولم يمنع
استيفاء الانقص بالاكمل عند الرضا وههنا التفاوت بين الذكر والانثى ثابت باصل التخليق
فمنع شرعية القصاص اذا ثبت ذلك قلنا لا يجري القصاص في الاطراف بين الرجل والمراة ولا بين الحر
والعبد لاختلافهما في القيمة وهي الدية ولا بين العبيد لانه ان تفاوت قيمتهم فظاهر وان تساوت
فالتساوي مبني على الظن والتخمين فلم يثبت به القصاص ونص رحمه الله على حرمان القصاص بين
الرجل والمراة في الشجاج التي تجري فيها القصاص لعدم اشتمالها على تفويت منفعة وانما فيها
الحاق الشين وهما مستويان فيه واما في الطرف ففيه تفويت المنفعة وقد اختلفا فيها ويجري
بين المسلم والذمي في الطرف لاستوائهما في الدية قال ـــ ومن قطع يد غيره من المفصل قطع
يده ه لقوله تعالى والجروح قصاص وانه ينبئ عن المماثلة فانما امكن رعاية المماثلة وجب فيه
القصاص والا فلا وقد في القطع من المفصل ولا تعتبر كبر اليد وصغرها فان المنفعة الفائتة بالقطع
وهي البطش لا تتفاوت قال ـــ او من نصف الساعد وجرحه جائفة فبرئ منها فلا قصاص لانه لا
يمكن فيهما رعاية المماثلة اما الاول فلانه كسر العظم ولا ضابط فيه والبرء في الثاني نادر فيفضي
الى الهلاك ظاهرا قال ـــ فلو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع قطعها ان شاء او اخذ
الارش كاملا ه رجل قطع يد رجل عمدا ويد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع
فالمقطوع يده مخير ان شاء قطع يده ولا شيء له غير ذلك وان شاء اخذ ارش يده كاملا لانه
تعذر استيفاء حقه كملا فيخير بين ان يتجوز بدون حقه او يعدل الى العوض كما اذا انقطع المثلي
عن ايدي الناس بعد الاتلاف واذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فسقط حقه كما اذا رضي بالردي
عوض الجيد ولو قطعت يده ظلما سقط القصاص ولا شيء عليه لان الحق متعين في القصاص والعدول
الى المال باختياره فسقط بفوات محله ولو قطعت في حق عليه كقصاص او سرقة وجب عليه الارش
لانه اوفى به حقا مستحقا عليه فصارت يده سالمة له معنى قال ـــ ويقتص في المارن والاذن
والسن والشجة التي يمكن المماثلة فيها اما المارن والاذن فلامكان رعاية المماثلة فيهما واما السن
فلقوله تعالى والسن بالسن ولا اعتبار بتفاوت مقدارهما لاتحاد المنفعة بها وعن عمر وابن مسعود
رضي الله عنهما لا قصاص في عظم الا السن وقوله عليه السلام لا قصاص في عظم فالمراد به ما عدا السن
لان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن فانه يبرد بالمبرد وان
قلع من اصله امكن قلع الاخر فيهما تلاف واما الشجة التي يمكن فيها رعاية المماثلة فلقوله تعالى والجروح
قصاص قال ـــ وان كان راس الشاج اكبر فان شاء المشجوج اخذ بقدر شجته والا اخذ ارشها اذا شج الرجل

رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج لكبر راسه يخير
المشجوج بين ان ياخذ من راسه بقدر شجته وبين ان يترك ذلك وياخذ ارشها لانه لو اخذ ما بين
قرني الشاج مع كبر راسه يزداد شين الشاج بطولها وليس له ذلك ولا يلحقه الشين باستيفاء قدر
شجته ما لحق المشجوج من الشين باستيعاب ما بين قرنيه فيتخير كما قلنا في اليد الشلاء والصحيحة اما
اذا كان راس الشاج اصغر فقد تعذر استيفاء حقه كاملا لانه ان اخذ قدر شجته مساحة تعدى
الى غير حقه لانه اذا شج ما بين قرنيه وما بين قرني الشاج اقل مساحة فاذا استوفى مقدار شجته
وهو انما يستحق ما بين قرنيه فقد تعدى الى غير حقه ضرورة فيتخير بين ان يرضى بدون حقه وبين
اخذ الارش كاملا قال ولا قصاص في اللسان والذكر الا ان يقطع الحشفة لانهما ينقبض
وينبسط فيمتنع رعاية المماثلة فيسقط القصاص الا ان يقطع الحشفة فيصير موضع القطع معلوما كالمفصل
في قطع اليد وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب القصاص لامكان رعاية المماثلة قلنا ذلك
ممنوع على تقدير الانقباض والانبساط ولو قطع بعض اللسان وبعض الذكر فلا قصاص لعدم معرفة
مقدار المقطوع بخلاف الاذن لو قطع بعضها او كلها لعدم الانقباض والانبساط وله حد يعرف
به مقدار المقطوع فيمكن رعاية المماثلة والشفة ان قطعت من اصلها ففيه القصاص لامكان
المماثلة بخلاف بعضها لعدم الامكان قال ولو ضرب عينه فقلعها فلا قصاص فان ذهب
ضوؤها وهي قائمة تحمل على عينه قطن رطب وتقابل بمراة محماة ن اما الاول فلانه يمتنع رعاية
المماثلة في القلع واما الثاني فلانها اذا كانت قائمة كان الضوء معدوما وقال مثل ذلك السبيل
بما ذكرناه في الكتاب وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم

فصل

قال ولو قتل عبد اثنين قريبهما او مولاه وله ابنان فعفا احدهما لا يجب شيء ويخير العافي
في دفع نصف نصيبه او فدائه بربع الدية ن عبد قتل قريبا لموليه او قتل مولاه وله ابنان فعفا احد ابنانه صح
الموليين او الابنين عنه قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجب على العافي شيء وقال ابو يوسف
يقال له اما ان تدفع الى شريكك نصف نصيبك واما ان تفديه بربع الدية لانه بالعفو صار
نصيب الاخر مالا مقدرا بنصف دية المقتول فصار نصف ذلك المال في نصيبه منه ونصفه في
نصيب العافي فيسقط ما اصاب نصيب من لم يعف وهو ربع الدية لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وبقي واجبا ما اصاب نصيب العافي وهو ربع دية المقتول فيخير العافي ان شاء ملكه
نصف نصيبه وان شاء فداه بربع الدية وهذا ظاهر وقد نقل هذا الخلاف بين ابي حنيفة
وصاحبيه والمحققون على ان المنقول عن ابي يوسف هو الاصح في الفصل الاول وما نقل عنهما
هو الاصح في الفصل الثاني لان القصاص يجب للقتيل اولا ثم ينتقل الى الوارث الا ان

انه تقضى منه ديونه حيث وجب والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلم يجب شيء واما في
الفصل الاول فالمال الواجب للمقتول بانقلاب نصيب غير العافي مالا بسبب العفو لا يجب
للمقتول لان العبد ليس مملوكا له انما هو مملوك لوليه وكان ان يثبت للمقتول
دين على عبد وليه يجب ثم اذا انتقل الى الوارث سقط ما اصاب نصيب من لم يعف وبقي ما
اصاب نصيب العافي قال او واحد يستحق دمه ولم يعلم الاخر فقتله اوجبنا ديته في ماله
لا القصاص رجل قتل رجلا عمدا وللقتيل وليان فعفا احدهما عنه ولم يعلم الاخر بالعفو حتى
ادركه فقتله على وجه القصاص فلولي هذا المطالبة بالدية في مال الولي القاتل وقال زفر
له ان يقتص منه لانه اراق دما معصوما بالحديد عمدا وانا قلنا انه قتله مستوفيا لحقه في زعمه
فاورث شبهة دارئة للقصاص فوجبت الدية في ماله لان العاقلة لا تعقل العمد قال
ولو جرح عبد ففداه مولاه ثم مات يحكم عليه بالدية وخيره ثانيا ن اذا جرح عبد
موضحة فخير مولاه عن الدفع والفداء ثم سرت الموضحة الى النفس قال ابو يوسف لا
يخير المولى ثانيا بل يؤدي الدية لانه قد اختار الفداء في هذه الجناية مرة فلا يخير فيها اخرى
وقالا يخير فاما ان يدفعه ويسترد ارش الموضحة واما ان يؤدي الدية لانه اختار ارش الموضحة على دفع
العبد ولا يلزم منه ان يكون مختارا للفداء الذي هو الدية على دفع العبد فيتخير بين الدفع والفداء
بالدية قال ولو اعتقه في مرضه فقتله خطا وسعى في قيمته فعليه السعاية ثانية للوارث
وقالا الدية على عاقلته اذا اعتق الرجل عبده في مرض موته ثم قتله هذا العبد خطا ولزمه
ان يسعى في قيمته لاستسعاء المعتق بعض لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية للقاتل فانه
يسعى عند ابي حنيفة في قيمته سعاية اخرى للوارث لمكان الجناية اذا كانت قيمته اقل من
الدية وقالا على عاقلته الدية لانه عندهما كالحر المديون وعنده المستسعى كالمكاتب فيكون
حكمه حكم المكاتب اذا قتل انسانا خطا يلزمه الاقل من قيمته ومن دية المقتول وهذه من
فروع تجزي العتق قال ولو ترك مدبرا فقتل خطا وهو يسعى للوارث فعليه قيمته
لوليه وقالا الدية على عاقلته رجل مات وترك عبدا مدبرا ولم يترك شيئا غيره فاستسعاه
وارثه فقتل المدبر انسانا خطا قبل الفراغ من السعاية قال ابو حنيفة رضي الله عنه عليه
ان يؤدي قيمة نفسه لولي القتيل لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا على عاقلته دية القتيل
لانه حر مديون عندهما قال ولو اعتقه بين الرمي والوصول فعليه للرامي قيمته وقالا
فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي رجل رمى سهما الى عبد غيره فاعتقه مولاه بعد
الرمي قبل الوصول السهم اليه ثم اصابه السهم فمات فعلى الرامي قيمة العبد لمولاه عند

عند ابي حنيفة وقالا لا يجب تمام قيمته بل يجب عليه فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي حتى لو كانت قيمته مائة درهم وبالرمي قبل الوصول صارت قيمته عشرة ضمن تسعين درهما وهو ما اتلفه بواسطة رميه دون العشرة لان المولى ابطل حقه فيها بواسطة اعتاقه وقول ابي يوسف مع محمد فيما رواه في المنظومة وقال صاحب الهداية هو مع ابي حنيفة لهما انه جنى على عبد غيره بما اوجب اشرافه على الهلاك فلما اعتقه قبل الوصول اليه فقد ابطل حقه فيه عند الوصول فقد وجد الرمي والعبد بملكه والوصول ولا حق له فيه فيضمن فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي وصار كما لو جرحه انسان فاعتقه مولاه ثم مات من الجراحة فان السراية تقطع فيه فلا يجب ديته ولا تمام قيمته وانما يلزمه النقصان وكان القياس يقتضي وجوب القصاص لكن يسقط للشبهة فانه يجب للمولى لو اعتبر الرمي والعبد ثم ينتقل الى ورثته لو اعتبر الوصول فاورث شبهة دارئة للقصاص وله ان الانسان انما يؤخذ بفعله وفعله الرمي فيعتبر قاتلا للعبد منذ رماه ولهذا لو كان الرمي خطأ ثم كفر قبل الوصول صح او كان مسلما رمى صيدا ثم ارتد قبل الوصول ثم جرحه فمات حل اكله او كان مجوسيا فاسلم بعد الرمي قبل الوصول حرم وهو حين الرمي عبد فيجب قيمته لمولاه وهذا الخلاف للجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبالسراية بعد العتق لو وجب شيء يكون الواجب غير ما وجب بالجرح فيخالف النهاية البداية اما الرمي قبل الاصابة فليس باتلاف شيء منه لعدم اثره في المحل وانما تلف به الرغبة فيه فلا يجب فيه ضمان فلا يخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى قال ولو ارتد ما بينهما فعليه ديته واهدراه ه اذا رمى مسلما فارتد بعد الرمي قبل الوصول فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالردة سقط تقومه بنفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجب الجناية كما لو ابراه صريحا وكما لو ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان واجب بفعله وهو الرمي لانه لا فعل له بعد ذلك معتبر حالة الرمي وهو فيها مسلم متقوم فيجب ديته لسقوط القصاص للشبهة كما مر قال ولو اسلم ما بينهما فلا شيء عليه ه ولو كان المرمي اليه مرتدا فاسلم بعد الرمي قبل الوصول فلا شيء على الرامي في قولهم جميعا وكذا لو رمى حربيا فاسلم لان الرمي غير متقوم فلم ينعقد الرمي موجبا للضمان فلا ينقلب موجبا له بصيرورته متقوما بعد ذلك قال ولو ارتد بعد ان قطعت يده ثم اسلم ثم مات منه وجب ارشها وهدرا دينه ه اذا قطع رجل يد مسلم عمدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم ثم مات من ذلك القطع قال ابو حنيفة وابو يوسف على عاقلة القاطع ديته بنفسه كاملة وقال محمد رحمه الله يجب ارش اليد لا غير لانه بالردة ابرأ القاطع عما سيحدث من جناياته لان القطع العمد موجبا للضمان وبالردة خرج المحل عن كون السراية موجبة للضمان لفوات العصمة

بالكفر فنزل منزلة الابراء عن السراية فسقط ضمان السراية وبقي ضمان القطع ولهما ان الجناية وجدت في محل معصوم فثبت موجبها كما لو لم يرتد لان الاسلام جعل الردة كان لم يكن في حق احكام الدنيا والاخرة وتقييده انه يجب القصاص الا ان تخلل الردة اورث شبهة دارئة للقصاص قال ولو شهدوا بقتل عمد ثم رجعوا مع الولي لم يقتص منهم ويلزم الولي الدية من شاء والضامن لا يرجع على غيره وقالا يرجع الشهود على الولي ه اذا شهد الشهود بقتل عمد فاستوفى الولي القصاص من المشهود عليه ثم رجعوا جميعا وقالوا تعمدنا الكذب او جاء المشهود بقتله حيا قال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لانهم قاتلوه بغير حق وانما الولي مباشر حقيقة وانما الشهود مباشروه حكما حيث اوجبوا اهدار دمه فكان كالموجود منهم حقيقة وعندنا تجب الدية ويخير الولي فان شاء طالب بها الولي وان شاء طالب بها الشهود لان معنى القتل ان وجد من الشهود لم يوجد منهم صورة فيكون القتل صورة ومعنى زائدا على ما وجد منهم فلا يشرع وصورة القتل وان وجد من الولي لكن لم يوجد منه معنى لانه موجود من الشهود فلا يشرع في حقه ايضا على ان القاضي اطلق له الفعل بدليل فرض عليه الشرع العمل به فكان قضاؤه صورة شبهة دارئة للقصاص لان الدليل وان تخلف عنه مدلوله يورث شبهة المدلول واذا انتفى القصاص وجبت الدية ثم عندهما اذا شاء ولي من قتل قصاصا ان يضمن الشهود فضمنوا رجعوا على الولي بما ضمنوه لانهم ضمنوا بفعل الولي اذ لولا فعله لما ضمنوا شيئا فصار كما لو كان خطأ وله في عدم رجوع من ضمن من الفريقين على الاخر مطلقا انهم ضامنون بفعلهم فلا يرجعون على غيرهم بخلاف الخطأ لانهم لما ضمنوا صار المال الذي اخذه الولي دية ملكهم اذ المضمونات تملك عندنا اذا الضمان فيثبت لهم المطالبة به قال ومن له قصاص في النفس اذا قطع اليد ثم عفى من غير فعليه ارشها رجل له على اخر قصاص في النفس فقطع يده عمدا او خطأ ثم عفا عنه ثم برئ قال ابو حنيفة عليه ارش يده وقالا لا شيء عليه لانه عند القطع كان مالكا لاهلاك كله فقد استوفى بعض حقه وعفى عن الباقي فلا يضمن كما لو استوفى بعض دينه ثم ابراه عن الباقي وله ان العفو مستند الى وقت القتل فسقط حقه في محل النفس فظهر انه قطع يده بغير حق لكن سقط القصاص للشبهة لعدم تحقق العفو عند القطع فيجب ارش اليد قال او في الطرف فاستوفاه فسرى فعلى عاقلته ونفياها ه اذا استوفى قصاص الطرف ممن هو عليه فسرى الى النفس فمات فعليه الدية استحسانا والقياس وجوب القصاص لان حقه في القطع دون القتل وقد قتله عمدا لكن لما كان في معنى الخطأ لكونه قاصدا استيفاء حقه وقالا لا شيء عليه لانه مأذون له في الاستيفاء فلا يكون ما حدث بعده مضمونا كالقاضي اذا قطع يد السارق فمات وكما لو امر غيره بقطع يده فمات

وله انه قصد استيفا القطع لا القتل فوقع منه القتل خطا وفيه الدية على العاقلة وهذا لانه فعل ما فعل لنفسه اذ لم يكن له القتل فكان متعديا فيه فيضمن بخلاف القاضي والامام لان الفاعل فعل بامر غيره فانتقل فعله اليه فلم يواخذ به قال ومن قطع يد غيره خطا ثم قتله عمدا قبل البرء او خطا بعده او قطعها عمدا ثم قتله خطا او عمدا بعد البرء اخذ بهما ولو كانا خطاين من غير تخلل برء بينهما او عمدين فللولي استيفاوهما وقالا لا يقتل ه هذه ست مسايل الاربعة الاول زوايد وصورتها رجل قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل البرء الثانيه اذا قطع يده خطا ثم قتله خطا بعد البرء الثالثه اذا قطع يده عمدا ثم قتله خطا بعد البرء الرابعه اذا قطع يده عمدا ثم قتله عمدا بعد البرء فالحكم في هذه المسايل ان يواخذ بالامرين والاصل انه متى امكن الجمع بين الجراحات يجمع بينها لان القتل غالبا انما يقع بجراحات متعاقبة فلو اعتبرت كل جراحة على حده ادى اعتبارها الى الحرج فاذا لم يمكن الجمع بينهما افردت كل واحدة بحكمها وقد تعذر الجمع في هذه المسايل اما الاولى فلتغاير الفعل وتغاير حكمهما وكذلك الثالثة واما الثانيه والرابعه فلانه لما تخلل البرء بينهما قطع السراية فتعذر الجمع فلو لم يتخلل البرء بينهما وهي المسالة الخامسة امكن اعتبار الجمع لانهما متجانسان ولا قاطع للسراية واما اذا كانا عمدين قبل البرء وسكت في المتن عن هذا القيد لدلالة المسالة الرابعة عليه لانها موضوعة في العمدين بعد البرء فعند ابي حنيفة للولي استيفاوهما جميعا ولم يدخل احداهما في الاخرى كما لو تخلل البرء بخلاف الخطا لان الواجب فيه بدل النفس من غير رعاية المساواة فيدخل بدل الجزء في بدل الكل اما في العمد فالواجب ليس بدل النفس انما هو جزاء جنايته وانهما اثنان فلا يدخل احداهما في جزاء الاخرى قال وضمان الصبي اذا مات من ضرب ابيه او وصيه تاديبا عليهما ه الاب اذا ضرب ابنه تاديبا له او وصي الاب فمات ضمناه عند ابي حنيفة وقالا لا ضمان لانه لا بد من التاديب ولا يحصل بغير الضرب بالزجر والحبس وغير ذلك فيندفع به الضرورة الماسة الى تاديبه ولو كان مضطرا الى الضرب فيباح له ولكن بشرط السلامة وصار كالزوج اذا ضرب زوجته تاديبا لها عند جواز ذلك فانه يشترط فيه السلامة ه و

كتاب الديات

الدية ما يودى وخص هذا اللفظ بما يودى في بدل النفس دون غيرها من المتلفات لان الاسم مستوفى للتعريف بالتخصيص فلا يطرد وانما وجب المال في مقابلة النفس وان لم يكن المال مثلا لها حكمه اقتضت ذلك وهو صون بنيان الادمي عن الهدم ودمه عن الهدر والاصل في وجوب الدية قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله صلى الله عليه وسلم في النفس المومنه مايه من

مايه من الابل اي يجب بسبب قتلها مايه من الابل قال تغلظ دية شبه العمد في الابل فيجب ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون وحقاق وجذع وحملها بالسن جذعه ومثلها حقه واد بعين
ساتت حوامل قد مر ان الدية في شبه العمد تجب على العاقلة مغلظة وانما تغلظ في الابل خاصة لان التوقيف فيها فلا يتعدى التغليظ الى غيرها ولا خلاف ان تقدير الدية من الابل مايه وتجب عند ابي حنيفة وابي يوسف ارباعا خمسا وعشرين بنت مخاض وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين حقه وخمسا وعشرين جذعه وقال محمد والشافعي يجب ثلثه انواع ثلثين جذعه وثلثين حقه واربعين ثنيه كلها حوامل لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مايه من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دم شبه العمد اغلظ وذلك فيما ذهبنا اليه وهو مذهب عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه في شبه العمد ثلثه وثلثون حقه وثلثه وثلثون جذعه واربع وثلثون خلفه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المومن مايه من الابل واما ما في صفة التغليظ ابن مسعود رضي الله عنه وما قاله اقرب الى القياس لان الحمل لا يوقف عليه حقيقه ولان ما رويناه مشهور متلقى من الامه بالقبول وهو يوجب مايه من الابل ومتى وجبت الحوامل زادت على المايه فان الحمل اصل من وجه وما رواه من ذلك غير ثابت لاختلاف اصحابه في صفة التغليظ قال ويجب في الخطا منها اخماسا عشرون ابن مخاض ومثلها ساتت مخاض وبنات لبون وحقاق وجذع ه دية الخطا في الابل من خمسة انواع وهي هذه المذكوره كل عشرين من نوع وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما نعرف ذلك توقيفا فصار كالمرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم ولانه اخف فكان انسب بحاله الخطا لان الخاطي معذور قال او الف دينار ويجب من الورق عشرة الاف درهم لا اثنى عشره ه اما الدية من العين فهي الف دينار بالاجماع واما من الورق فهي عشرة الاف درهم كل عشرة وزن سبعة مثاقيل وقال الشافعي في القديم هي اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما رواه انه قضى بدراهم كانت بوزن عشر بهاسته مثاقيل قال وهي منحصره في هذه وزاد من البقر مايتين ومن الشياه الفين ومن الحلل مايتين وقولهما رواية ه عن ابي حنيفة رضي الله عنه روايتان احدهما ان الدية لا تكون الا من ثلاثه انواع الابل والذهب والفضه ووجه ذلك ما رويناه في النفس المومنه مايه من الابل وهذا يقتضي ان لا تكون الدية الا من الابل الا ان الدليل دل على العين والورق وهو ما روينا من قضايه عليه السلم بهما وقالا الدية من ستة انواع هذه الثلثه وثلثه اخرى من البقر مايتا بقره ومن الغنم الفا شاه ومن الحلل مايتا حلة ازار ورداء ووجه ذلك ما

رواه عبيدة السلماني ان عمر رضي الله عنه قضى في الدية بعشرة الاف درهم ومن الدنانير
بالف دينار ومن الابل بمائة ومن البقر بمائتي ومن الغنم بالفي شاة ومن الحلل بمائتي حلة والمراد انه قدر
الدية بهذه المقادير لان القضاء لم يقع في وقت واحد بهذه الانواع كلها وقولهما رواية عن ابي حنيفة
فلا خلاف في الحقيقة وعنه ما يدل على ذلك فانه قال ان الصلح على اكثر من مائتي بقرة او مائتي حلة
او الفي شاة لا يجوز ولولا ان هذه الانواع اصول في الدية لجاز الصلح على اكثر منها كما لو وقع
على غيرها قال ـــ وتجب في المراة نصفها ش دية المراة على النصف من دية الرجل وهذا اللفظ
موقوف على علي رضي الله عنه ومرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر وعلي وابن مسعود
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم كذلك ولا مخالف فانعقد اجماعا ولانها في الميراث والشهادة
على النصف من الرجل فكذلك في الدية واما ما دون النفس في المراة فهو معتبر بديتها
لان النقصان قد ثبت في بدل النفس فكذا فيما هو ملحق به قال ـــ ولم يجعلوا دية الذمي سته
الاف درهم فجعلها كالمسلم لا للكافر اربعة الاف وللمجوسي ثمانمائة ش دية اليهودي والنصراني
عند مالك رحمه الله على النصف من دية المسلم ودية المسلم عنده اثنا عشر الفا كقول
الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم عقل الكافر نصف عقل المسلم وللشافعي رحمه الله
انه عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة
درهم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وقال
الزهري قضى ابو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم في دية الذمي بمثل دية المسلم وقال عليه
السلام اذا قبلوها فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين اذا قتل قتيلهم
الف دينار فيكون لهم كذلك وكذلك الحكم في المستامن لما روى ابن عباس رضي الله عنهما
ان مستامنين جاءا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما وخرجا من عنده فلقيهما
عمرو بن امية الضمري فقتلهما ولم يعلم بامانهما فوداهما عليه السلام بدية حرين مسلمين قال
ويجب في المارن وفي اللسان والذكر والعقل والشعر والذوق والسمع والبصر وذهاب منفعة العضو
والاصل في الاطراف انه متى فوت جنس المنفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي
على الكمال يجب كل دية النفس لان في اتلاف المنفعة المقصودة والجمال المقصود اتلاف النفس
من وجه فيلحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي واظهارا لخطره ولان قوام النفس مبني على قيام
منافعها فكان تفويتها كتفويت النفس والجمال مقصود في الحيوانات كالمنفعة ولهذا تزداد
قيمة المملوك بالجمال وتفويت جنس المنفعة انما اوجب الدية تشريفا للادمي وتشريفه بالجمال
كتشريفه بالمنافع فيتعلق به كمال الدية وتفويت المنفعة المقصودة كاليد اذا شلت والعين

اذا ذهب ضوؤها وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كاملة في اللسان والانف وفي
كتابه صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي
المارن الدية ورواه سعيد بن المسيب ويتخرج الفروع على هذا الاصل فيجب في الانف الدية
لازالة الجمال على الكمال وكذا يجب بقطع المارن والارنبة لذلك ولو قطع المارن مع القصبة
فالدية واحدة لكونه عضوا واحدا وكذا اللسان لفوات المنفعة المقصودة وهي النطق وكذا
في قطع بعضه اذا امتنع النطق فان امكنه بعض الحروف دون بعض قيل تقسم على عددها
وقيل على عدد حروف تتعلق اداؤها باللسان فيجب بقدر ما امتنع منها وان لم يمكن من
النطق باكثرها يجب حكومة عدل لحصول الاخلال مع اصل الافهام وان عجز عن الاكثر
وجبت الدية لفوات منفعة الكلام وهكذا الذكر لفوات المنافع المقصودة منه وكذا يجب في
الحشفة الدية كاملة لانها اصل في تلك المنافع والقصبة كالتابع واما العقل فمنفعته اعظم
المنافع المقصودة وقضى عمر رضي الله عنه في ضربة واحدة اربع ديات حين ذهب بها
العقل والكلام والسمع والبصر وهذه كلها منافع مقصودة تفوت فائدة حياة الانسان
بفواتها فكان اتلاف كل منها اتلافا له على ما مر والتنبيه عليها من الزوائد قال ـــ وتجب
فيه من خصي وعنين حكومة عدل لا دية ش تجب كمال الدية عند الشافعي رحمه الله في ذكر
الخصي والعنين لما روينا من غير فصل ولان العضو فيه مرض والمرض لا ينقص البدل وعندنا يجب
حكومة عدل لانه عضو ناقص المنفعة على التابيد فلا يجب فيه دية كاملة كالعين القائمة التي لا
تبصر والرجل العرجاء واليد الشلاء بخلاف المريض فانه يزول والمطلق ينصرف الى الكامل فكان
النص مقيدا معنى قال ـــ وتجب في حلق اللحية والراس ش اذا حلقت اللحية فلم تنبت او
شعر الراس وجبت الدية كاملة وقال الشافعي وهو قول مالك فيهما حكومة عدل وهذا هو عكس
الخلاف السابق لهما ان ذلك زيادة في الادمي ولهذا يحلق شعر الراس كله وبعض اللحية
في بعض البلاد فصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا
ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت ذلك الجمال على الكمال فوجبت الدية كما في الاذنين
الشاخصين وشعر الراس ايضا جمال الا ترى ان العادم له يتكلف في اخفائه ويستره ذلك
بخلاف شعر الصدر والساق فانه لا يتعلق بهما الجمال وعن ابي حنيفة رضي الله عنه في لحية
العبد انه يجب كمال القيمة واما على الظاهر من الرواية فالفرق ان المقصود من العبد هو
استعماله في الخدمة دون الجمال بخلاف الحر فـــروع وفي الشارب حكومة عدل وهذا
هو الاصح لانه تابع للحية فكان كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كانت على ذقنه فقط وهي كشعرات

معدوده فلا شي في حلقها لانها ليست بجمال وان كانت اكثر من ذلك وهي على الذقن والخد جميعًا الا انها غير متصله ففي حلقها حكومة عدل لان في وجودها بعض الجمال وان كانت متصله ففيها الديه كلها لانه لا يكون كوسجًا قال فان نبت لم يجب شي لانه لم يبق اثر الجنايه لكن يؤدبه الحاكم ليزجره وامثاله عن الاقدام على ارتكاب الحرام قال وكذا لو نبتت بيضاء في الحر وفي العبد حكومة واوجباها فيهما ه اذا حلق رجل لحيه شاب حتى فنبتت بيضاء قال ابو حنيفه لا يجب شي لانها عادت الى الحسن ما كانت ويجب عنده في العبد اذا حلقت فنبتت بيضاء حكومة عدل لان الشيب ينقص ثمنه وقالا يجب حكومة عدل في الحر والعبد جميعًا لان الشيب في غير اوانه شين ولا يزين والخطا والعمد في ذلك سوا قال وتجب الديه في كل ما في البدن منه اثنان فيها ونصفها في احدهما كل ما في البدن اثنان ففي تفويتها ديه كامله كاليدين والرجلين والعينين سواء ذهبت شحمتها او بقيت لان المنفعه وهو البصر لا بالشحم وكالحاجبين والشفتين والاذنين وثدي المراه وحلمتيها والانثيين والاليتين اذا استوصل لحمهما حتى لم يبق على الورك شي والاصل في ذلك ما روى سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في العينين الديه وفي الاذنين الديه وفي اليدين الديه وفي الرجلين الديه وفي الشفتين الديه وفي السفتين الديه وفي كتاب عمرو بن حزم وفي العينين الديه وفي احداهما نصف الديه ولان المنفعه المقصوده منهما تفوت بفواتهما وكذلك تفوت الجمال بفواتهما كاملا وبفوات احدهما تفوت النصف وانما قيدنا الثديين بالمراه لان المنفعه المقصوده من الثدي هو في ثدي المراه وكذلك الجمال بخلاف ثدي الرجل فان فيه حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعه والجمال وكذلك في الحلمتين تجب الديه لفوات جنس منفعه الارضاع وامساك اللبن ولو قطع الانثيين مع الذكر او قطع الذكر اولا ثم الانثيين ففيهما ديتان لان منفعه الانثيين بعد قطع الذكر قائمه ولو قطع الانثيين ثم الذكر ففي الانثيين الديه وفي الذكر حكومة عدل لان بقطع الانثيين صار خصيًا وفي ذكر الخصي حكومة ولان منفعه الذكر اختلت بقطع الانثيين وهي منفعه الايلاد فصار كاليد الشلاء قال وفي كل واحد مما هو منه اربعه ه ما في البدن اربعه اشفار العينين واهدابها ففي تفويتها كلها ديه كامله وفي واحد منها ربع الديه وفي اثنين نصفها وفي الثلثه ثلثه ارباعها وهذا لانه تفوت بفواتها الجمال والمنفعه التي هي دفع الاذى والقذى عن العين على الكمال واذا كان الواجب في الكل الديه وهي اربعه انقسم عليها فيكون في الواحده الربع وفي الثلث ثلثه الارباع وتثبت المشاركه الاجفان في الحكم كالجفون بأهدابها لانها كعضو واحد كالمارن مع القصبه قال وعشرها في كل اصبع

من اصابع اليدين والرجلين عشر الديه والاصابع كلها سوا لقوله صلى الله عليه وسلم وفي كل اصبع عشر من الابل ولان المنفعه المقصوده من اصابع اليدين تفوت بفواتها فيجب الديه كامله فيقسم عليها وهي عشر فيكون لكل اصبع عشر وما رويناه دال على تساوي الاصابع في الحكم ولانها في اصل المنفعه سوا فسقط اعتبار الزياده فيها كاليد اليمنى مع اليسرى وكذلك الكلام في اصابع الرجلين فان المنفعه المقصوده من اصابعها وهي المشي تفوت بقطعها كلها فيجب كمال الديه وهي عشره فيقسم الديه عليها ويقسم ارش كل اصبع على ما فيها من المفاصل فما فيها ثلث مفاصل ففي كل مفصل ثلث عشر الديه وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف عشر الديه وهذا نظير انقسام ديه اليد على اصابعها والكف تبع الاصابع لان منفعه البطش بالاصابع والديه واجبه بتفويت المنفعه والغرض من هذه المسئله انه لو قطع اصابع يد واحده فانه يجب نصف الديه ولو قطعها مع الكف يجب نصف الديه ايضا لكونها تبعا ولقوله عليه السلام وفي اليدين الديه وفي احدهما نصف الديه قال فان قطعها من نصف الساعد وجبت حكومة في الزائد ه اذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الديه لما مر وفي الزائد حكومة عدل وهذه رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ايضا ان ما زاد على الاصابع والكف فهو تبع الى المنكب وفي الرجل الى الفخذ لان الشرع اوجب الديه في اليد وهي اسم لمجموع هذه الجارحه ولهما ان اليد له باطشه والبطش حاصل بالكف والاصابع لا بالذراع فلم يكن تابعًا ولانه ليس بتابع للاصابع لتخلل الكف بينهما ولا للكف لانه لا يكون تابعًا للتابع ولما كانت المنفعه لا تتعلق بها ولا الجمال وجبت فيه حكومة عدل قال او كفا فيها اصبع ففيها ارش الاصبع واوجبا الاكثر من ارشها ومن الحكومة في الكف ه رجل قطع كف رجل وفيها اصبع واحده او مفصل منها او اصبعان فالواجب عند ابي حنيفه ارش ما في الكف من ذلك ويكون الكف تبعًا وقالا ينظر الى ارش ما بقي من الاصابع والى ما يجب فيه حكومة العدل في الكف فيجب اكثرهما ويدخل الاقل في الاكثر لهما اعتبار الرجحان من حيث الفقه لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شي واحد ولا الى اهدار احدهما لان كلا منهما اصل من وجه فرجحنا بالاكثر وابو حنيفه رضي الله عنه اعتبر الرجحان من حيث الاصالة له فان الاصابع اصل لان المنفعه المقصوده وهي البطش بها والكف تابع حقيقه وشرعًا فانه يجب فيها مع الاصابع ما يجب في الاصابع وحدها والترجيح بالذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ومتى بقي شي من الاصل فلا اعتبار للتبع قال ولو شلت بقطع جاريتها ففيها الارش وقالا القصاص في الاولى والارش في الثانيه اذا قطع اصبع

رجل عمدًا فشلت اخرى الى جانبها قال ابو حنيفه لا قصاص ويجب الارش فيهما وقالا يجب القصاص
في الاصبع الاولى ويجب الارش في الثانيه لان الجنايه وان كانت واحده لكنها باعتبار تعدد
محلها متعدده حكما فصار كانه جنى جنايتين عمدًا وخطا فيجب موجباهما كما لو رمى انسانا بسهم
فنفذ منه الى الآخر وله انه جنى جنايه واحده في محل واحد وهو الاصبع التي قطعها لكن اثر
هذه الجنايه سرى الى الاخرى واذا كانت الجنايه واحده في ذاتها ومحلها وقد صار بعض
موجبها مالا استحال ان يجب القصاص في الباقي لعدم التجزي بخلاف ما استشهدا به لانه جنى
جنايتين بوصول السهم الى الاول عمدًا ووصوله الى الثاني خطا فقد تغايرتا ذاتا ومحلا وصفه
فلم يثبت الاتحاد ولا شبهه فلم يسغ ترتيب موجبيهما عليهما اما ههنا فقد ثبت الاتحاد حقيقه
او شبهه فلم يمكن الجمع بين القصاص والمال بجنايه متحده في ذاتها ومحلها وصفتها
قال ونصف عشرها في كل سن ه الضمير راجع الى الديه اي يجب نصف عشر الديه في كل
سن والاضراس والاسنان كلها سوا لقوله صلى الله عليه وسلم في كل سن خمس من الابل والاطلاقه
دليل على استوا الاسنان والثنايا والاضراس والانياب لان اسم السن يتناول الكل فيجب في الاسنا ن
كلها ديه وثلثه اخماس ديه لان الاسنان اثنان وثلثون ستا عشرون ضرسا واربعه انياب
واربع ضواحك واربع ثنايا قال ولو نبت عوضها فهو ساقط كسن الصغير ه اذا نبت
مكان السن المقلوعه من البالغ سن اخرى يسقط ارشها عند ابي حنيفه وقالا يجب الارش كاملا
لتحقق الجنايه الموجبه لها وما حدث نعمه من الله تعالى وله ان هذه الجنايه عدمت معنى
لعود الجمال والمنفعه على ما كانا عليه فصار كسن الصغير ونبه في المتن بقوله كسن الصغير على ان
الخلاف في سن البالغ ه قال ولو ضربها فاصفرت فالارش واجب كما لو اسودت او
اخضرت او احمرت وقالا حكومه وهو روايه ه اذا ضرب سن رجل فاصفرت قال ابو حنيفه
رضي الله عنه في روايه يجب الارش كاملا وفي روايه يجب حكومه العدل وهو قولهما ووجه
هذه ان الصفره بعض الجمال لان من الاسنان ما يكون مصفرا ولا يعد ذلك فوتا للجمال بل نقصانا
فيه والنقصان غير مضبوط فيجب حكومه عدل ووجه الروايه الاخرى ان الجمال الكامل
الحاصل بالسن البيضا قد فات بصفرته فيجب تمام ارشها كما لو اسودت او احمرت او اخضرت
وقد نبه في المتن على الحكم في هذه الالوان الثلثه مع الاشاره الى التعليل وهذه الروايه من
الزوايد ه قال ويجب حكومه في الاصبع الزائده وعين الصبي ولسانه وذكره اذا
لم تعلم صحته ه اما الاصبع الزائده فلانه لم يتعلق بها جمال ولا منفعه تفوت بالقطع
ولكن شرف الادمي يقتضي تقويمها لكونها جزا من يده واما عين الصبي ولسانه وذكره فاذا لم

غاية لو قطع اصبعا
الجنب او قطع مفصلا
فشلت بقية الاصابع
القصاص اتفاقا ز

يعلم صحته شي منها لا يجب فيها الديه لان المقصود من هذه الاعضا منافعها فاذا جهلت وجود
المنفعه لم يجب الديه الكامله بالشك فيجب حكومه عدل ويعرف صحه اللسان بالكلام
دون الاستهلال لانه مجرد صوت ويعرف صحه الذكر بالحركه وصحه العين بما يستدل به على
النظر فاذا علم ذلك نزل منزله البالغ في العمد والخطا قال ولو ذهب عقله او شعر
راسه بموضحه اندرج ارشها في الديه او سمعه او بصره او كلامه وجب الارش ايضا ه هاتان مسئلتان ن
الاولى فاذا شجه موضحه خطا فذهب بها عقله او شعر راسه وجبت الديه عندنا لا غير وقال
زفر يجب ارش الموضحه ايضا كما يجب في المسئله الثانيه اذا ذهب بالموضحه كلامه او سمعه او بصره
لانهما جنايتان مختلفتان لاختلاف محلهما فيجب موجبهما ولم يقيد الموضحه في المتن بانها خطا
لان ايجاب الديه دليل على نوعها خطا فان الموضحه من دون الشجاج يجب في عمدها القصاص
ولنا وهو الفرق ان الموجود جنايه منحصره في الشجه الواحده ومحلها واحد وهو جزء الراس وكذا
محل العقل جزء الراس الا ان الموضحه في الجزء الظاهر والعقل في الجزء الباطن واذا اتحدت الجنايه
ذاتا ومحلا كانت واحده فاذا وجب بها تمام الديه امتنع وجوب الارش لان ايجاب الديه انما
هو لتفويت هذا العضو معنى بتفويت منفعته المطلوبه منه او جماله فلو وجب الارش لوجب
موجبان عن جنايه واحده وهذا بخلاف السمع والبصر والكلام لان محالها متغايره الا ترى انه لو ضربه ضربه
واحده فذهب بها سمعه وبصره وكلامه ونبات شعر راسه وجبت اربع ديات ولم تتداخل ولو اتحد
محلها لتداخلت لاتحاد الجنايه ذاتا ومحلا فتعدد الجنايه دليل تعدد المحل وعن ابي جعفر الهندواني ى
انه فرق بان العقل بمنزله الروح من حيث انه ليس له محل معين يشار اليه ولو زال الروح بالموضحه
دخل ارشها في الديه بخلاف السمع والبصر والكلام لان محالها معينه فنزلت منزله اليد والرجل
وارش الموضحه لا يدخل في ارش اليد قال بعض مشايخنا وهو الفرق ينتقض بما اذا قطع انسان يد
آخر فذهب عقله فعليه الديه وارش اليد ولو كان العقل كالروح لما وجب ارش اليد كما لو مات
فالصحيح من الفرق ما بيناه قال واذا التحمت الشجه فالارش ساقط ويوجب الالم لا اجره الطبيب
اذا شج رجلا فالتحمت الشجه وذهب اثرها ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفه رضي الله عنه
واقتصر في المتن على زوال الاثر لانه ما لم ينبت الشعر لا يزول الاثر ان كان المشجوج ذا شعر وان لم يكن
له شعر فزوال الاثر منه يكون بنبات الشعر فلم يسقط الارش عند ابي حنيفه رضي الله عنه لزوال
الشين الموجب للارش وقال ابو يوسف يجب ارش الالم لان الشين وان زال الا ان الالم الحاصل
بسببه يجب تقويمه فيجب حكومه عدل وقال محمد يجب اجره الطبيب لان الدوا واجره الطبيب
كان بسبب هذه الشجه فصار كان الشاج اخذ ذلك القدر من ماله فيغرمه وابو حنيفه يقول ان

المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد او شبهته ولم يوجد في حق الجاني فلم يغرم قال
ويستأنى في قصاص الجرح برؤه اذا جرح رجل رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ لقوله عليه السلام يستأنى
في الجراحات سنة ولان المعتبر في الجراحة مآلها لا حالها فلعلها تسري الى النفس فيظهر انها
قتل واذا امكن حكمها في الحال معلوما وجب تأخير القصاص الى تحقق الحال فيها وهو بالبرء قال
ويجب حكومة في الشجة الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق بان يقوم عبدا
سالما وسليما فيجب من الدية ما نقصت الجراحة من القيمة والقصاص في الموضحة عمدا ونصف عشر الدية
في الخطأ وعشر في الهاشمة وعشر ونصف في المنقلة وثلث في الآمة وثلث في الجائفة وثلثان في
النافذة ﻫ المرفوعات كلها معطوفة على فاعل يجب والفعل مقدر في الجميع وليس فيها جملة مبتداه
وهذه انواع الشجاج مرتبة وهي عشرة الحارصة وهي التي تخرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج دما
والدامعة وهي التي تظهر بسببها الدم ولا تسيل شبه بالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل
الدم منها والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه
والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد كسره اي تحوله والآمة وهي التي
تصل الى ام الراس وهو موضع الدماغ وبعد هذه العشرة شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل
الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه الله لانها تقتل غالبا فلم يفد افرادها بالذكر لانه ليس لها
حكم مفرد ولان الحياة لا تبقى معها غالبا وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانه قل ما يبقى لهما اثر وما
لا اثر له من الشجاج لا حكم لها وهذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة كالخدين والذقن والجبين
والجبهة فان الحكم يترتب على الحقيقة حتى لو وجدت في غيرهما نحو الساق واليد
لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف وقد ورد فيما ذكرنا ولان
الحكم في الراس والوجه انما كان للشين اللاحق بهما من بقاء اثر الجراحة فيهما والشين يختص بهما لا بما
سواهما من الاعضاء واما احكام هذه الشجاج ففي الموضحة اذا كان عمدا القصاص لقوله تعالى والجروح
قصاص وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص في الموضحة وذلك ممكن بانها تنتهي الى العظم فيعلم
المساواة التي يعتمدها القصاص في بقية الشجاج لعدم امكان تعرف المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه
ولان فيما بعد الموضحة منها كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة وعن محمد في الاصل
وهو ظاهر الرواية ان القصاص يجب فيما قبل الموضحة لانه لا عظم فيه ولا وقوع الهلاك بالاقتصاص
غالبا والاعتبار يمكن بان يسبر غور تلك الجراحة بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدرها فيقطع بها مقدار
ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر واهداره غير

بالسين المهملة

ممكن فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله ثم ان ما
قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكومة عدل وتفسير حكومة العدل ان يقوم المجروح لو كان عبدا
سالما عن هذه الجراحة وسليما اي جريحا وهذا مستعار من الذبح لانه في معناه فما نقصته هذه الجراحة صح
من القيمة يعتبر من الدية مثلا كانت قيمته مائة فلما جرح عادت قيمته تسعين ونقصته عشر القيمة
فيجب من الدية عشرها وعلى هذا القياس وهذا عند الطحاوي رحمه الله لان الحر لا يمكن تقويمه
وقيمة العبد بمنزلة الدية للحر فلما اوجب نقصا في احدهما اعتبر به الاخر وهذا هو الصحيح
وفي الموضحة ان كانت خطأ الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف
عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهي جائفتان فيهما ثلثا
الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي الآمة وروي في المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة
ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية
ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر
وفي كل منهما ثلث الدية والجائفة هي التي تخلص الى الجوف والجنب والظهر وما سوى هذه وما
من الشجاج في البدن يكون جراحة فيها حكومة عدل لانها غير مقدرة ولا مهدرة قال
واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا وجبت الغرة خمسون دينارا على العاقلة انما
قال خمسون دينارا لان الغرة وزنى رحمه الله قال فيه غرة نصف عشر الدية ومراده
بذلك نصف عشر دية الرجل والغرة نصف عشر دية المرأة والخمسون دينارا هي الغرة على
التفسير والقياس ان لا يجب شيء لجهلنا بحياته والظاهر صلاحيته للدفع لا للالزام لكنا
تركنا القياس بالاثر وهو ما روي ان امرأة ضربت بطن ضرتها بعمود فسطاط فالقت جنينا
ميتا فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم على عاقلة الضاربة بالغرة عبد او امة
او قيمتها خمسمائة وروي خمسمائة ولم يستفسر ذكرا كان او انثى ولان التمييز بين الذكر
والانثى في الجنين متعذر فيسقط اعتباره دفعا للحرج وفي رواية المغيرة فالقت جنينا
ميتا وماتت فقضى عليه السلام على عاقلة الضاربة بديته وبغرة الجنين فقام عم الجنين
فقال انه قد اشعر وقام والد الضاربة وفي رواية اخوها عمرو بن عويمر الاسلمي فقال
كيف ندي من لا شرب ولا اكل ولا صاح ولا استهل ودم مثل ذلك يطل فقال عليه السلام
اسجع كسجع الكهان فيه غرة عبد او امة وكذلك رواه محمد بن مسلمة ايضا والبينة على
ان الغرة واجبة على العاقلة وانها في سنة من الزوائد وفيما رويناه حجة على من اوجبها في مال الضارب

ولانها بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقال عمي وكيف
ندي من لا شرب ولا اكل الا ان العاقل لا تعقل ما دون خمسمائة درهم ووجب ذلك
في سنة وقال الشافعي في ثلث لانها بدل النفس الا ترى انها موروثة ولنا انه
على الخلاف في المبني ولنا ما رواه محمد بن الحسن بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
جعل على العاقلة في سنة ولان الجنين من حيث انه متصل بالام بمنزلة عضو منها ومن
حيث انه نفس على حدة كان منفردا اعتبرنا حكمه فعملنا بالشبهة الثانية في حق التوريث
وبالاولى في حق التاجيل الى سنة لانه بدل العضو وهو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر
من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية فان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث
سنين قال او حيا ثم مات فالدية اذا القت الجنين حيا ثم مات ففيه دية كاملة
لانه اتلف حيا بالضرب السابق قال او ميتا ثم ماتت فدية وغرة اذا القت جنينا
ميتا ثم ماتت الام بعده وجبت دية عن الام وغرة عن الجنين وقد صح انه صلى الله عليه
وسلم قضى في هذه الصورة بهذا الحكم قال او ماتت ثم القته حيا ثم مات فديتان
اذا ماتت الام من الضربة ثم القت الجنين حيا ثم مات الجنين يجب ديتان لانه قاتل شخصين
وهذه المسئلة زائدة قال او ماتت ثم القته ميتا فدية لا غرة ش اذا ضربها فماتت
من الضربة ثم القت الجنين ميتا فلا حكم للجنين ووجب دية عن الام لا غير لان الظاهر
ان الجنين مات بموت امه لان حياته تبع لحياتها ويحتمل انه مات من الضربة فلا يجب الغرة
بالشك قال ولا يوجب فيه كفارة ش على الضارب الكفارة عند الشافعي عن قتل
الجنين لانه قاتل وعندنا لا كفارة لان في الكفارة معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس
المطلقة فلا تتعداها الا ترى انه لم يجب في الجنين كل البدل قالوا الا ان يشاء ان يتقرب
لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل ويستغفر الله مما فعل قال
ويورث الغرة ش قال في الوجيز ثم مصرف الغرة وارث الجنين وهو الام والعصبة
ولم يذكر في ذلك خلافا فتركت الخلاف فيه وذكر في المنظومة انها تصرف
الى الام لا غير وما ذكر في الوجيز هو الصحيح غرة الجنين موروثة بنفسه ورثته لانه
نفس على حدة ولهذا بدل نفسه فيقسم بين ورثته ولا يورثه الضارب حتى لو ضرب بطن
امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها شيئا لانه قاتل بغير حق مباشرة
ولا ميراث للقاتل قال ولا يعتبر في جنين الامة عشر قيمة الام مطلقا فيجب نصف
عشر قيمته ذكرا لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى في مال الضارب حالا ش اذا ضرب بطن

امه فالقت جنينا ففيه عشر قيمة امه عند الشافعي لانه جزء منها من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ
من الاصل ولان قيمة الغرة الواجبة في جنين الحرة عشر ديتها وعندنا فيه نصف عشر قيمته
لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى لان جنين الحرة اذا كان ذكرا ان خرج حيا
ثم مات يجب تمام الدية وان خرج ميتا يجب نصف عشر الدية فالواجب يقدر بجزء من وجه
ميتا نصف عشر الواجب يقدر بجزء من وجه حيا وموته عقيبه فيكون الواجب في جنين الامة اذا
كان ذكرا يقدر بجزء من وجه ميتا نصف عشر ما هو الواجب يقدر بجزء من وجه حيا وموته عقيبه
وكذلك في جنين الحرة اذا كان انثى يجب فيها ان خرجت ميتة عشر ما يجب فيها يقدر بجزء من وجه حيا
وموتها عقيبه فيكون الواجب في جنين الامة انثى يقدر بجزء من وجه ميتا عشر ما يجب يقدر بجزء من وجه
حية وموتها عقيبه لان القيمة في العبيد والاماء كالدية في الاحرار والحرائر وما يوجب
في جنين الامة فانه في مال الضارب يؤخذ منه في الحال رواه المعلى عن ابي يوسف والحسن
عن ابي حنيفة وابي يوسف وزفر وهو قول الحسن ووجهه ان العاقلة لا تعقل العبيد
والنسبة على هذين الحكمين من الزوائد ثم الجنين الذي قد استبان بعض خلقه في حكم من
تمت صورته في جميع هذه الاحكام لاطلاق النص ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء
العدة والنفاس وغير ذلك وكذا في حق هذه الاحكام ولانه بذلك يتميز عن العلقة
والدم فيكون نفسا **فصل** قال ومن اخرج الى الطريق العامة روشنا
او ميزابا او نحوه كان لكل منهم نزعه وليس لاحد من اهل درب غير نافذ احداث ذلك الا باذنهم
اما الاول فانما ثبت ولاية الانتزاع لكل واحد من العامة لان المرور في هذه الطريق
حق مشترك لهم بانفسهم ودوابهم فلكل من ثبت له هذا الحق ان ينزعه كما في الملك المشترك
اذا بنى فيه احدهم شيئا كان لكل واحد من الشركاء نقضه كذا هذا واما الثاني فليس لاحد من
اهل السكة الغير النافذة ان يحدث فيها روشنا او ميزابا او كنيفا او دكانا الا باذن ارباب
السكة لان حق المرور لجماعتهم وكان الطريق مشتركا بينهم فصار كالدار المشتركة
الا ان يكون ذلك مما جرت بمثله العادة من الشكل بوضع المتاع ونحوه فالاذن في ذلك دلالة
وعدم التعدي فيه عادة وهاتان المسئلتان من الزوائد **فروع** واذا سقط على
انسان فعطب وجبت ديته على عاقلته ولو سقط على غير انسان ضمن من ماله اما الاول
فلانه تسبب الى اتلافه وهو متعد فيه بشغل طريق المسلمين وهواءه بما ليس له ان يشغله به وتجب
الدية على العاقلة لان العاقلة تتحمل الدية في الخطا تخفيفا على الجاني تحاشيا من استئصال ماله
والتسبب دون الخطا في الجناية فكانت اولى بالتخفيف وان كان التالف بما احدثه في الطريق غير

عن الادمي كالاموال والعروض والحيوان فضمان ذلك في مال الجاني لان العاقلة لا تعقل الاموال
وهذا الحكم ينسحب على جميع فروع هذا الفصل وقد تقدم هذا في اول كتاب الجنايات
ولو اصابه طرف الميزاب الذي في الحايط فلا ضمان فيه لانه غير متعد في ذلك لان طرفه
الذي في الحايط في ملكه وان اصابه الطرف الخارج ضمن لانه متعد فيه بواسطه شغل هوا
الطريق العام وان اصاب الطرفان جميعا او لا يعلم ايهما اصابه ضمن نصف الديه لانه ليس اضافته
الموت الى احدهما اولى من اضافته الى الاخر في الفصلين فاضيف اليهما لما كان فيه متعديا وجب
به وما ليس فيه تعد لم يضمن فضمن النصف ولو القى في الطريق ترابا او اتخذ طينا او ربط دابه
او صب ماء او وضع خشبه او نارا ضمن ما تلف بها لان فعل هذه الاشيا تعد فصار كحافر البير
في غير ملكه ولو حركت الريح النار من موضعها الى موضع اخر لم يضمن ما احرقت في ذلك الموضع
الا ان يكون قد وضع النار في يوم ريح ولو نحا انسان شيئا من هذه من موضعها فشغل به موضعا
اخر فعطب شي فالضمان على الثاني لانه بالتنحيه ازال اثر فعل الاول فكانت الجنايه مضافه الى
الفاعل الثاني بخلاف تحريك الهوا للنار لان الضمان انقطع عن الاول بانقطاع اثر فعله ولم
يمكن اضافته الى من يسقط اصلا بخلاف ما اذا كان يوم ريح لان الوضع مع العلم بالنقل بقوا سقط
الريح الموجوده حال الوضع التزام لضمان ما يحدث منها لعلمه بعاقبه وضعه وتداعيه الى ذلك فجعل
كالمباشر واذا صب الماء او رشه او توضا به لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالماره بخلاف ما اذا
فعل ذلك في سكه غير نافذه وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل
من اهلها فعل ذلك لانه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركه وانما يكون الرش
مضمنا اذا خرج عن العاده المالوفه فان زاد ضمن ولو تعمد المرور في موضع الرش وزلق لم يضمن الراش
لانه تخلل بين السبب والحكم علة تضاف الحكم اليها وقيل هذا فيما اذا رش بعض الطريق بخلاف
ما اذا رش جميع الطريق لانه يضطر في المرور قال ولو مال حايط فطولب مالكه
بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مده الامكان ضمن ما تلف به اذا مال الحايط
الى الطريق العامه فطالبه بنقضه مسلم او ذمي فلم ينقضه في مده يمكنه فيها نقضه حتى
سقط الحايط ضمن ما تلف به من نفس ومال فتودي عاقلته ديه النفس وصاحب الحايط
ضمان المال من ماله والقياس ان ينفي وجوب الضمان لان ميلان الحايط وشغل هوا العامه
ليس بفعله وهو ليس بمباشر للقتل فانتفى سبب القتل تسببا وقصدا فلا ضمان ووجه الاستحسان ن
ان الهوا الذي هو في حق مشترك بين الناس صار مشغولا بحايطه فاذا طولب بنقضه وجب

عليه تفريغه فاذا لم يفرغ مع الامكان صار بامتناعه متعديا وقبل الطلب لم يصر متعديا
لان الميلان لم يكن بصنعه ونظيره الريح اذا القت ثوبا الى حجر انسان فطلبه منه مالكه
فامتنع من تسليمه اليه في مده الامكان حتى هلك الثوب فانه يضمنه وان لم يطلبه لم يضمن
ولو سقط بعد ما شرع في هدمه من حين الطلب لم يضمن ما تلف به لانه لم يتعد في المنع بعد
الطلب ولو باع الدار سقطت المطالبه الى المشتري لانه لم يبق له ولايه نقض الحايط والمطالبه
تختص بمن له ولايه الهدم حتى لا يصح مطالبه المستاجر والمرتهن والمودع وصح مطالبه الراهن
لقدرته على ذلك بواسطه فكاك الرهن وكذلك الاب والوصي والام في حايط الصبي لقيام ولايتهم
والضمان في مال الصبي لان فعلهم كفعله والشرط في هذا الباب هو المطالبه على ما مر دون الاشهاد
وانما الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل وطالبته بنقض هذا
الحايط المايل ولا يصح الاشهاد قبل وهاء الحايط وفي قوله في المتن واشهد عليه اي واشهد
على الطلب بنقضه ولو بنى الحايط مايلا ابتدا ضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لانه متعد
في بنائه مايلا وانما شرط الترك مده الامكان لانه لا بد من مده يجعل تركه النقض فيها جانيا متعديا
بالامتناع وانما قال في المتن فطولب ليشمل الذكر والانثى والحر والمكاتب والمسلم والذمي
لان لكل منهم حق المرور في الطريق فيصح المطالبه منهم ولو سقط الحايط فقتل انسانا
فعثر به اخر فعطب لا يضمنه لان التفريغ الى الاوليا ولو عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ
اليه لانه ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود الامتناع عن الشغل قال وان مال الى
دار جاره فطالبه هو من اذا مال الحايط الى دار جاره فالمطالبه لمن هو في تلك الدار من الملاك
او سكانها وهو كذلك اطلق الكلام في المتن وانما اختص الحكم بالمطالبه لان الحق له على
الخصوص وانما كان للساكن المطالبه لان له المطالبه بازاله ما اشتغل الدار فكذا ما اشغل
هواها ولو ابراه جاره او اجله جاز ذلك ولا ضمان عليه بالسقوط من بعد لان الحق له وقد
تركه بخلاف ما لو مال الحايط الى الطريق العام فاجله القاضي او من اشهد عليه بالطلب
حيث لم يصح لان الحق لجماعه الناس وليس للقاضي ولا المطالب ابطال حقهم قال
ولو طولب احد خمسه فخمس الديه على عاقلته او حفر احد ثلثه في دار بيرا بغير اذنهما
فعلى عاقلته ثلثاها وقالا النصف فيهما هاتان مسالتان الاولى اذا كانت دار بين خمسه
نفر فطولب احدهم بنقض حايطها المايل واشهد عليه فلم ينقض في مده الامكان حتى وقع
على انسان فمات فعلى عاقله من طولب منهم خمس ديته عند ابي حنيفه وقالا على عاقلته نصفها والثانيه
اذا كانت دار بين ثلثه نفر فحفر احدهم فيها بيرا بغير اذن شريكه او بنى حايطا فعطب انسان فعلى عاقلته

ثلثا الدية عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية لان التلف مضاف الى الوقوع في البئر وهو
هدر او كان الحفر باذنها ومضمون على الحافر لو كان في غير الملك فكان الهدر نصفا والمعتبر
نصفا فصار كما لو شج نفسه شجة واحدة وشجه غيره شجتين كان نصفه هدرا ونصفه معتبرا وله
ان التلف مضاف الى الوقوع في البئر المحفورة في ملكه وملك شريكه بدون اذنه فكان
مضافا اليه ثم انقسم على احوالها اثلاثا لان الحافر متعد في ثلثيها الذي لشريكه غير متعد
في ثلثها الذي له فضمن ما تعدى فيه وهو الثلثان دون ما لم يتعد فيه وهو الثلث بخلاف
الشجة ونحوها لان كل واحد منها سبب صالح للموت وبعضه هدر وبعضه معتبر فانقسم
باعتبار ذلك واما هذا فالموجود سبب واحد فاضيف الى المسبب لما انقسم على اجزاء السبب
وكذلك في الحائط المائل لان السبب هو ثقل الحائط وهو واحد فينقسم على الاجزاء قال
ولو مات فيها غما فهو هدر ه اذا حفر بئرا في غير ملكه فوقع فيها انسان فمات من الغم
قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا شيء على عاقلة الحافر وقالا عليهم ديته لان موته مضاف الى الوقوع
في البئر اذ لولا ذلك لكان في فسحة عن هذا الغم الحادث بالوقوع وله ان الحافر ليس بمباشر لقتله
ولا مسبب فينتفي الضمان اما انه غير مباشر فظاهر واما انه غير مسبب فلانه لم يمت
بسبب حفر البئر لما تلونا بالقضاء به ان لو مات بسبب السقوط اقامة لمحل التلف مقام سبب التلف
وانه معدوم ههنا لاضافة الموت الى شيء اخر لا تعلق له بالفاعل قال او جوعا
حكم بالضمان اذا وقع انسان في بئر احفورت بغير حق فمات فيها جوعا قال ابو حنيفة وابو
يوسف لا شيء على عاقلة الحافر وقال محمد عليهم ديته لانه مات فيها بسبب الوقوع
اذ لولا ذلك لكان يظفر بالطعام فلا يبلغ جوعه الى حد التلف ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان موته ليس بسبب الوقوع والضمان مشروط به وابو يوسف وافق محمدا في الاول وخالفه
في الثانية والفرق له انه لا سبب للغم سوى حصوله في البئر وانه بالوقوع فيها واما الجوع
فلا يختص بالبئر قال ولو التقى الواقع فيها اخر وهو اخر وجهلت كيفية موتهم
فعلى ثلث دية الاول ويوجب ثلثها على الحافر وثلثها على الثاني ونصف دية الثاني لا غير على الاول
واوجب دية الاول على الحافر والثاني على الاول ويجب للثالث على الثاني رجل حفر
بئرا في قارعة الطريق فوقع فيها انسان وجر انسانا اخر والثاني بالثالث ووقع بعضهم
على بعض فماتوا ولا تعلم كيفية موتهم قال ابو يوسف رحمه يجب ثلث دية الاول
على الحافر اي عاقلته ويجب الثلث الاخر على الثاني والثلث الثالث هدر ويجب
نصف دية الثاني على الواقع الاول فقط ونصفه هدر وقال محمد رحمه الله يجب دية الاول

على الحافر كملا ويجب دية الثاني على الاول كملا واما الثالث فيجب ديته على الثاني وفاقا
وهذا اورده في المتن بقوله ويجب للثالث على الثاني بصيغة غير خلافية ولم يعطفه على ما
قبله لان المحلين السابقين دليلان على قول ابي يوسف وعلى قول محمد له وهو القياس
ان الحفر سبب لهلاك من هلك فيها فالاول حصل موته عقيب السبب فيضاف اليه لكونه سببا
ظاهرا والثاني حصل موته بسبب جر الاول اياه ظاهرا فيضاف اليه وكذا جر الثاني
الثالث سبب ظاهر لموته فيضاف اليه لانا لم نعلم من احد سببا اخر فنعمل بالظاهر ولابي يوسف
وهو الاستحسان ان هلاك الاول يحتمل ان يكون بالوقوع ويحتمل ان يكون بجره الثاني على نفسه
ويحتمل ان يكون بجره الثاني والثالث والقائه على الاول فيكون القتل مضافا الى الحافر على تقدير
وغير مضاف اليه على تقديرين فيعتبر الثلث وهو مضاف الى الثاني على تقدير وغير مضاف على
تقديرين فيعتبر الثلث وهو مضاف الى فعل الاول في نفسه على تقدير وهو مضاف على تقديرين
فيلغو الثلث لان فعل الانسان في نفسه غير معتبر في احكام الدنيا واما الثاني فيحتمل ان يكون
موته مضافا الى انه جر الثالث فالقاه على نفسه ويحتمل ان يكون لان الاول جره فالقاه في
البئر فيجب النصف على الاول بهذا الاعتبار ويلغو النصف نظرا الى الاحتمال الاول واما
الثالث فكل ديته واجبة على عاقلة الثاني لانه انما هلك بجره اياه والقائه في البئر لا غير وهو
سبب ظاهر لم يزاحمه غيره فاضيف اليه قال ولو حفرها عبد فمات بها انسان فاعتق
مع العلم به ثم اخر ضمن المولى الدية وولي الثاني ياخذ منها قدر قيمة العبد وقالا بل ضمن له
نصف قيمته من غيرها ه عبد لانسان احتفر بئرا عدوانا فوقع فيها انسان فمات فاعتقه المولى
مع العلم بموته ثم مات فيها اخر كان على المولى الدية الكاملة ثم ان ولي الثاني يضرب فيها بقدر
قيمة العبد حتى لو كانت قيمته ستمائة دينار فللثاني السدس وللاول خمسة اسداس الدية وقالا
يسلم لولي الجناية الاولى الدية كاملة ويضمن المولى لولي الثاني نصف قيمة العبد لانه اعتبر فابلاها
من حين الحفر الا ان المولى علم بالجناية الاولى دون الثانية فصار مختارا للفداء في حق الاول دون
الثاني فيدفع تمام الدية الى الاول ونصف قيمة العبد الى الثاني كما لو لم يعلم بالاول حين العتق فانه
يدفع نصف القيمة الى ولي الثاني وله ان دفع الدية الى الاول كدفع قيمة العبد اليه فانه لو لم
يعلم بالاول لكان يدفع الى الاول قدر قيمة العبد ويشاركه الثاني فيها ولا يكون على المولى
شيء اخر الا انه بالعلم بالاول صار مختارا للفداء للاول ويكون عليه شيء اخر يشاركه
الثاني للاول وهو يستحق قدر الدية والثاني يستحق قدر قيمة العبد فيضرب الاول في
الدية بقدر الدية والثاني فيها بقدر قيمة العبد قال والنوم والجلوس والقيام في المسجد لغير

صلوه موجب لضمان ما تلف به وكذا طي حصيره وزرع قنديله من اجنبي وحب حفره وبنا به فيه ۞
اذا دخل رجل المسجد فنام فيه او جلس وقام لغير صلوه فتلف به شي ضمنه عند ابي حنيفه خلافا
لهما وسوا كان من اهل المسجد او من غير اهله هو الصحيح ولهذا السن لاهل المحله ان يمنعوا غيرهم من
الدخول في مسجدهم او يغلقوا ابوابه عنه ولهذا اطلق الجواب في الكتاب وقيده بالاجنبي في المسله
الثانيه وهي ما اذا دخل من غير اهل المحله الى المسجد او طوى حصيره او علق فيه قنديلا فانه يضمن
ما تلف به عند ابي حنيفه خلافا لهما ولو كان من اهل المحله لم يضمن والاتفاق حاصل على انه متى
حفر الاجنبي في المسجد بيرا او بنى فيه بناء فانه يضمن ولو فعل ذلك احد من اهل المسجد لم يضمن لهما
في الاولى ان هذه الافعال مباحه له في المسجد فلم يكن في نومه او جلوسه او قيامه متعديا فلا يضمن
كما لو كان في الصلوة وله ان المسجد مبني للصلوة لا لهذه الافعال فكان متعديا لمباشرتها وقيل
انما يكون الجلوس مضمنا على قوله ان لو كان جالسا يشتغل بامور الدنيا اما لو كان جالسا يسبح الله
تعالى وينتظر الصلوة فحكمه حكم من هو في الصلاه لان المسجد موضوع لذلك قال تعالى في بيوت اذن
الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه ولهما في الثانيه اعتبار الاجنبي باهل المحله والفرق له بين
تعليق القنديل وطي الحصير وبين الحفر والبنا حيث فصل فيهما بين الاجنبي وغيره ان اهل المحله
ينزلون من المسجد منزله الملاك والاجنبي منزله المستعير لكونه ماذونا له في الدخول وللمستعير
ان يدخل الحصير والقنديل في الدار المستعاره وليس له ان يبني فيها ولا ان يحفر بيرا لان اهل المحله
لا يخصهم كالملاك فلهم ذلك وله انه فعل ذلك في بقعه غيره من اهلها الى تدبير ذلك فيها فكان
فعله مشروطا بالسلامه كما لو فعل ذلك في منزل غيره وفعل اهل المحله لذلك مطلق لتنزلهم منزله
الملاك قال وضمن الراكب ما اوطات الدابه بيدها ورجلها او كدمت او صدمت لا ما
نفحت برجلها او ذنبها او تلف بروثها سايره او واقفه له راكب الدابه اما ان يكون سايرا بها
في ملك نفسه فلا يضمن ما يتولد من سيرها وحركاتها الا الوطي لان ذلك تصرف منه في ملك نفسه فلم
يكن مشروطا بالسلامه لجواز التيسير في ملكه الا ان الوطي منزله فعله لحصول الهلاك بثقله ولهذا
وجبت عليه الكفاره في الوطي دون غيره وان كان سايرا بها في ملك غيره فانه يضمن ما احدث
الدابه واقفا كان او سايرا بوطيها ونفحها وكدمها لانه باشغاله ملك غيره متعد سوا كان
سايرا او واقفا حتى لو كان ماذونا له في ذلك من قبل المالك نزل منزله ملك نفسه وان كان في طريق
العامه وهي مسله الكتاب فانه يضمن ما اوطات بيدها او رجلها او كدمت او صدمت او اصابت براسها او خبطت
ولا يضمن ما نفحت بذنبها ولا برجلها والاصل ان المرور في الطريق حقه وحق العامه لانه مشترك بينهم
جميعا فكانت الاباحه مقيده بشرط السلامه اما الاباحه فاعتبارا بحق نفسه واما اشتراط السلامه

فلحق غيره نظير الحايطين فيشترط السلامه فيما يمكن التحرز عنه لا فيما لا يمكن فالايطا والخباطه
مما يمكن الاحتراز عنه لان ذلك بمراى منه واما النفحه فلا يمكن التحرز عنها حاله السير لانها
ليست بمراى منه فلم يشترط فيها السلامه فان اوقفها فنفحت ضمن لانه يمكنه التحرز عنه بعدم
الايقاف وان راثت في الطريق وهي سايره او واقفه لذلك فلا ضمان عليه فيما تلف بذلك لعدم امكان
التحرز اما حاله السير فظاهر واما حاله الايقاف كذلك لان من الدواب ما لا يروث حتى يقف
وفي التقييد بقوله او واقفه له دليل على انه لو اوقفها لغير ذلك فانه يضمن لامكان التحرز عن
ذلك بعدم الايقاف والتنبيه على هذا التفصيل من الزوايد فان القدوري اطلق عدم
الضمان **فروع** باب المسجد في الايقاف فيه كالطريق فلو جعل الامام للمسلمين موضعا
يوقفون فيه الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الايقاف فيه وفي وقوف الدواب في وكذا م
السوق التي يباع فيها للاذن في ذلك من قبل السلطان وكذلك الفلاه اذا لم يكن واقفا في المحجه
لان الوقوف في الفلاه لا يضر بالناس اذا لم يكن في المحجه فان المحجه كالطريق قال والقايد
ما اصابت بيدها دون رجلها والسايق ما اصابت بهما وقيل كالقايد في الاصح ۞ القايد
مرفوع عطفا على الراكب وكذا السايق ايضا وكذلك القايد اي ويضمن السايق كما يضمن
القايد وهذا القول والتنبيه على صحته من الزوايد اما القايد فانه يضمن ما اوطات
بيدها دون رجلها لانه يمكنه التحرز في الوطي دون النفحه بالرجل لان الاول بمراى منه دون
الثاني فكان كالراكب واما السايق فوجه القول الاول الذي ذكره القدوري وهو الضمان
بما اصابت بهما جميعا انهما بمراى من السايق فيمكنه الاحتراز عنه بتحذير الناس عنها والتحذر منها
ووجه الاصح الذي مال اليه اكثر المشايخ انه ليس على رجلها ما يمنعها من النفحه وان كانت
بمراى منه فلا يمكن التحرز عنها **فروع** واذا وطيت دابه الراكب بيدها ورجلها تعلق بذلك
حرمان الميراث والوصيه ووجبت الكفاره لانه مباشر والكفاره انما تجب على المباشر ولذلك
حرمان الميراث والوصيه ولو نخسها رجل فاصابت على الفور رجلا ضمن الناخس لاضافه هذه
الاضافه الى النخسه لعدم محل لما يقطع النسبه اليها مع حرمان العاده بالنفحه والوثبه عند النخس والراكب
مضطر في ذلك فلم يكن هذا الحادث مضافا الى سيره فصار الناخس هو المسبب ولو سقط الراكب ضمنه
الناخس ايضا ولو قتلت الدابه الناخس فهو هدر لانه يضاف الى فعله فصار كما لو القى نفسه في بير ولو
امره الراكب بالنخس ضمن الراكب لصحه امره ولو نفرت من حجر وضعه اخر في الطريق فالواضع هو الضامن وينزل
منزله الناخس قال وقايد قطار ما اوطات ۞ وهذا معطوف على ما سبق اي وضمن قايد القطار ما اوطا
القطار كله لان عليه ضبطه وحفظه وصيانته عن الوطي والصدم قال فان كان معه سايق ضمنا لان السايق

لكله وكذا القائد بحكم الايصال قال ويوجب دية كل من المصطدمين على عاقلة الاخر

لا نصفها ه اذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل منهما على عاقلة الاخر وقال الشافعي نصف دية كل

منهما على عاقلة الاخر لحصول تلف كل منهما بفعله وفعل صاحبه فيسقط ما تلف بفعله ويجب ما

كان بفعل الاخر كما لو جرح نفسه وجرحه اخر فانه يجب نصف الضمان اذا مات منهما ولنا

ان التلف مضاف اليهما بالتسبيب لا بالمباشرة والتسبيب يعتمد وصف التعدي ومشي كل

منهما بالنسبة الى نفسه مباح فلم يضف فعله في حق نفسه بكونه عدوانا فلم يكن التلف

مضافا اليه لعدم شرط الاضافة واما في حق غيره فمشيه مباح لكن بشرط السلامة

فاذا لم يتحقق الشرط ارتفعت الاباحة فكان مشيه في حقه عدوانا لان فعل المكلف لا يخلو من

هذين الامرين فكان فعله في حق نفسه مباحا وفي حق غيره محظورا فكان تلف غيره مضافا اليه

وتلف نفسه مضافا الى صاحبه لوجود شرط الاضافة الى كل منهما في حق غيره لا في حق

نفسه وصار كالماشي مع الحافر فان التلف حاصل بفعلهما وهو الحفر والمشي الا ان المشي لما

كان مباحا اضيف التلف الى الحافر لكون الحفر محظورا وان كان حاصلا منهما بخلاف ما لو جرح

نفسه وجرحه غيره لان التلف مضاف الى الفعل الواقع بمباشرة ولا تتوقف اضافة التلف

الى المباشر على نوعه محظورا والموجود منهما في مسئلتنا التسبيب والاضافة متوقفة

على اضافة المحظور فافترقا قال وورثا كلا من الزوجين من دية الاخر ه احد الزوجين

يرث من دية الزوج الاخر وقال مالك لا يرث منها لانها بدل نفسه ولا حق لاحدهما في نفسه

الاخر بعد ارتفاع الزوجية بالموت بخلاف المال لثبوت حق كل منهما في تركة الاخر

بالنص ولنا انه صلى الله عليه وسلم ورث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم

ولان الدية من التركة ايضا ولهذا يقضى منها ديونه وينفذ وصاياه ويرثها اقاربه فكذا احد

الزوجين قال وضمنه قيمة جمل صال عليه فقتله اذا صال الجمل على انسان فقتله ذلك

الانسان دفعا ضمن قيمته وقال الشافعي لا يضمن لانه محمول على قتله من جهته فيكون القتل

مضافا الى الجمل معنى بمنزلة المكره فان القتل يضاف اليه وان وجد من المكره ضرورة بواسطة

كونه مضطرا اليه بالاكراه فكان كالالة وصار كصيد الحرم اذا صال على الحلال فقتله وكالسبع

اذا صال على المحرم عندكم ولنا ان عصمة هذه الدابة ليست لها انما بل لحق مالكها فلذا ومن

عصمتها بدل وامه وحقه لا يسقط صيالها بل يباح له اتلافها حال الصيال بالقيمة لا بقتله وصار

كتناول المضطر خبز غيره يباح حالة المخمصة بالقيمة وقتله لا يباح بخلاف صيد الحرم لان حرمته لذاته

ولحق الله واجب حقا له فاذا صال بطلت حرمته وجعل الدابة بالا لنفسها ملك لحقيقة وليس هذا كالمكره

فانه يحصل مقصوده باستعمال المكره والدابة ههنا لم يستعمل الانسان في قتل نفسها بل هو

قاتلها قصدا دفعا لاذاها عنه فلا تبطل عصمته مالكها بذلك ه

فصل في جناية العبد والجناية عليه

قال اذا جنى العبد خطأ فان شاء مولاه دفعه الى الولي فيملكه وان فداه بالارش حالا ه

اذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه الى ولي الجناية واما ان تفديه فان دفعه اليه

ملكه ولي الجناية وان اختار الفدا فداه بارش الجناية وسواء كانت الجناية على حر او على عبد في النفس

او فيما دونها قل الارش او كثر لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا جنى العبد فمولاه

بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه ولان الاصل في الجناية على الادمي خطأ ان تجب الدية على العاقلة

تحرزا عن استيصال الخاطي والاجحاف به لكونه معذورا وحيث لم يتعمد الجناية وعاقلة العبد

مولاه فان العبد يستنصر به وهو الاصل فيه حيث وجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لان اهل

الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في الذمة صيانة عن اهدار الدم وبخلاف الجناية

على المال لان العواقل لا تعقل المال الا ان في تخيير المولى نوع تخفيف كيلا يستاصل والواجب في الاصل

هو الدفع في الاصح وله حق الانتقال الى الفداء كما في مال الزكوة وفي لفظ الكتاب ما يدل عليه

حيث قال والا فداه بالارش ولم يسو بين الامرين واذا دفعه الى ولي الجناية ملكه الولي

وان فداه فداه بارش الجناية وكل ذلك يلزمه حالا والتنبيه عليه من الزوايد اما في الدفع

فلان التاجيل في الاعيان باطل وهو عند اختيار دفعه عين واما الفدا فهو بدل عن العبد

شرعا وان كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه فياخذ حكمه فيجب حالا كالمبدل

وايهما فعل المولى فلا شيء لولي الجناية غيره لانه الواجب فلا يتعلق حقه بالعبد فاذا خلي بينه وبين

رقبته سقطت مطالبته عن الولي واما الفداء فلان الولي لا حق له الا الارش فاذا اوفاه

حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد سقط حق المجني عليه لفوات محل حقه

وان مات بعد اختيار المولى الفدا لم يسقط لتحول الحق الى ذمة المولى قال فان جنى ثانيا

عاد الحكم ه يعني بعد ان فداه المولى يخير المولى بين دفعه الى ولي الجناية الثانية

او فدائه بارشها لانه لما فداه عن الاولى طهر العبد عنها وجعلت الجناية كان لم تكن وهذه جناية

مبتداة وكذا الحكم في ثالث ورابع قال او اكثر من واحدة خير بين دفعه الى الاولياء

يقتسمونه بقدر حقوقهم او فدائه بارشهم ه اذا جنى العبد اكثر من جناية واحدة اي قبل

الفدا وانما لم يقل جنايتين لان في تعريف حكم الجمع تعريف حكم المثنى لانه اشمل وهذا اللفظ يعمهما

خير مولاه ان شاء دفعه الى اولياء الجنايات فيقتسمونه بينهم على مقدار حقوقهم وان فداه فبمقدار
الاروش واما ان يفديه المولى بجميع تلك الاروش لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
كالديون التي يتبع بعضها بعضا الا ترى ان ملك المولى لم يكن مانعا من تعلق الجناية فحق المجني عليه
الاول اولى ان لا يمنع قال ولو اعتقه او باعه او وهبه او دبره او استولدها قبل العلم بها ضمن
الاقل من القيمة والارش او بعده ضمن الارش ش اذا اعتق المولى العبد او وهبه غيره او باعه او دبره
او استولدها لانه قبل العلم بالجناية ضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية لانه فوت حقه بما صنع
فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير بذلك مختارا للفداء لان الاختيار يستلزم سبق وان علم بالجناية
واخرجه عن ملكه باحد هذه الاشياء ضمن الارش لانه صار مختارا للفداء لان الاعتاق يمنع
من الدفع اليه فالاقدام عليه اختيار للفداء وكذا اخوات الاعتاق لان كلا منها مانع من
دفعه الى الولي لزوال الملك به واطلاق الجواب ينتظم النفس وما دونها واطلاق البيع ينتظم
البيع بشرط الخيار للمشتري لانه مما يزيل الملك بخلاف ما اذا كان للبائع ونقضه لان الملك لا يزول
به ولو باعه من المجني عليه فهو مختار للفداء بخلاف الهبة منه والفرق ان استحقاقه في اخذه
بغير عوض وهو حاصل في الهبة دون البيع قال وما جعلناه بالاجارة والرهن والعرض على
البيع والاقرار بعده مختارا للفداء ش اذا علم المولى بالجناية فاجر العبد او رهنه او عرضه للبيع
او اقر به لغيره فهو على خياره ان شاء دفعه بالجناية وان شاء فداه وقال زفر هو بذلك مختار للفداء
لان هذه الاشياء دليل امساك العبد فيصير مختارا للفداء كما في التدبير والاستيلاد ولنا
ان هذه التصرفات قابلة للنقض فلم يثبت بها الاختيار بخلاف التدبير والاستيلاد لعدم قبولهما
النقض واما الاقرار فلانه فيه ان العبد له ظاهرا فاذا اقر به لغيره فقد امتنع عليه دفعه في الجناية
وكان مختارا للفداء بذلك ولنا ان المقر له ان كذبه في الاقرار لحق الاقرار بعدمه والعبد باق
على ملكه فيثبت الخيار للمولى وان صدقه في الاقرار كان العبد جانيا على ملك المقر له فيثبت الخيار
للمقر له لان الجاني عبده قال ولو علق عتقه بقتل زيد فقتله خطا جعلناه مختارا له
والزمناه الدية لا القيمة ش اذا قال المولى لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله العبد خطا
يصير مختارا للفداء وعليه الدية وقال زفر لا يصير مختارا وعليه القيمة لانه لم يوجد منه
الاختيار بعد الجناية الا ترى انه لو علق طلاقا او عتقا بشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ووجد
الشرط لا يحنث في يمينه كذا هذا ولنا انه وجد منه لان المعلق بالشرط كالمرسل عند
وجوده فكانه قال بعد العلم بالقتل انت حر فيلزمه الدية الا ترى انه لو قال لامراته ان
دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من حين الدخول وكذا ان مرضت فانت طالق ثلاثا

فمرض حتى طلقت ثلاثا ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا من حين وجود المرض
بخلاف ما استشهد به لان مراده طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل
تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولا حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه
والظاهر الاقدام عليه فقامت دلالة الاختيار ش قال والمفلس اذا اختاره ولا يجبر على
الدفع ش عبد المفلس اذا جنى خطا فاختار مولاه الفداء قال ابو حنيفة لا يجبر على الدفع وقالا
يجبر على دفع العبد وهذا من فروع اختلافهم في تحقق الافلاس وعدمه فعندهما يتحقق الافلاس
وعنده لا يتحقق قال ولو جنى مكاتب فلم يقض بشيء حتى جنى اخرى اوجبنا قيمة واحدة لا اكثر
المكاتب اذا قتل اثنين خطا ولم يكن القاضي قضى للاول بالقيمة حتى قتل الثاني لم يجب الا قيمة واحدة
وقال زفر يجب قيمتان في كل قتل قيمة لان الجناية الاولى اوجبت القيمة في رقبته لتعذر الدفع بعقد سطه
الكتابة فوجدت الثانية والرقبة مشغولة بحق الدفع فوجب الدفع لانه الموجب الاصلي فاذا
تعذر وجبت القيمة كما لو سبق القضاء بالقيمة في الاولى ولنا انه لم يقع الياس عن الدفع في الاولى
قبل القضاء لجواز عجز المكاتب فكان عند الجناية الثانية كانه مستحق الدفع واستحقاقه لا يتكرر
فيجب الدفع اليهما مرة واحدة وقد تعذر بالكتابة فيجب دفع قيمة واحدة اليهما لقيام القيمة
مقام العبد بخلاف ما لو سبق القضاء بالقيمة لحصول الياس عن الدفع ولهذا لو عجز بعد القضاء
لا يدفع فاذا انتقل الموجب الاصلي الى القيمة بالقضاء وجب بالثانية قيمة اخرى لوجودها والياس
عنه حاصل عن الموجب الاصلي وهو الدفع ولهذا لو عجز يدفع الى الثاني فصار الدفع كالمستحق
فاذا تعذر وجبت القيمة قال والزمنا مولى المدبر قيمة عن جناياته ش المدبر اذا جنى
جناية او اثنتين او ثلاثا او اكثر كان على المولى قيمة واحدة وقال زفر عليه لكل جناية
قيمة لان قيمته للجناية الاولى تجب في ذمة المولى لتعذر دفعه بسبب التدبير الذي هو فعله فكان
المدبر غير مشغول بالدين عند الجناية الثانية فيصير الدين مستحقا بالثانية وقد منعه المولى بسبب
تدبيره السابق فيلزمه قيمته وهلم جرا وما يتبعها من الجنايات ولنا ان المولى لم يحبس
عن اولياء الجنايات بسبب التدبير الا رقبة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة قال ولو قتله
خطا واخر عمدا فعفى احد وليي العمد فقيمته مقسومة ثلثين لولي الاول وثلث للشريك العافي
وقالا ارباعا ش اذا قتل المدبر رجلا خطا ثم قتل اخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى
احدهما فبطل نصيبه وانقلب نصيب الاخر مالا وضمن المولى قيمة المدبر قسمت القيمة بين الاولياء اثلاثا
عند ابي حنيفة بالعول والمضاربة ثلثان لولي الجناية الاولى وثلث لشريك العافي وقالا تقسم ارباعا
ثلاثة ارباع لولي الاول وربع لشريك العافي وعلى هذا لو كان القاتل عبدا فدفعه مولاه يقسم بينهم وعلى

هذا مما مر في كتاب المأذون عبد بين رجلين اذن له احدهما بابه واجنبي بابه فيبيع بماية كيف تقسم
وههنا مسايل اخر للخلاف فيها على عكس هذا احدها اثنان ادعيا في دار يدعي احدهما نصفها
والاخر الكل واقام كل واحد منهما بينة قسمت بينهما ارباعا عنده بالعول وعندهما اثلاثا
بالمنازعة والثانية اذا اوصى بكل عبده لرجل ولاخر بنصفه وهو يخرج من الثلث كيف
يقسم بينهما الثالثة اذا اوصى بكل ماله لانسان ولاخر بنصفه واجازت الورثة كيف يقسم
فهو على هذا الخلاف وقد وقع الاتفاق في مسايل كثيرة على ان القسمة بالعول والمنازعة منها مسايل
الفرايض اذا ضاقت التركة عن سهام ذوي الفروض ومنها اذا مات وترك الفا وعليه لرجل الف
ولاخر الفان فانها تقسم اثلاثا ومنها اذا اوصى بثلث ماله لرجل وبربعه لاخر فالقسمة بالعول
ومنها مدبر قتل رجلا خطا وقطع يد اخر وضمن المولى قيمته فانها تقسم بالعول ومنها العبد
اذا قتل خطا وقطع يد اخر ودفعه مولاه ومنها مسيلة الزيادات اذا اوصى لامراته بجميع ماله ولاجنبي
بجميع ماله ولا وارث سواها ثم مات فانه يدفع الى الاجنبي الثلث لوجوب تقديم الايصاء بالثلث
على الميراث وعلى الوصية للوارث ثم يدفع الى المراة ربع الباقي اذ الميراث مقدم على الوصية
للوارث وعلى الوصية بما زاد على الثلث فاحتيج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنا عشر اربعة للاجنبي
وربع الباقي سهمان للمراة والستة بينهما على طريق العول اجماعا لكن فيه اختلاف من وجه اخر
وهو ان الاجنبي يضرب بثمانية عندهما لانه الموصى له بجميع المال وقد وصلت اليه اربعة والسهمان
اللذان للمراة يستحق الاجنبي الضرب بهما لان المراة اجازت الوصية فاما المراة تضرب بستة لانها تستحق
الضرب بما اخذت من الربع ولا يستحق الاربعة الربع التي اخذها الاجنبي لانها لا تستحقها باجازة الموصى
له فتضرب هي بستة وهو بثمانية وبينهما موافقة بالنصف فيرد كل واحد منهما اليه فصار للاجنبي اربعة
ولها ثلثة وهي سبعة فتضرب سبعة في اصل المال وهو اثنا عشر يكون اربعة وثمانين ومن ذلك تخرج
المسيلة وعنده يضرب الاجنبي بستة ايضا لانه لا يستحق ما اخذته المراة لانها استحقت السهمين بالاصل
فبقي حقه في ستة وحقها في ستة فكان الباقي بينهما نصفين وتخرج المسيلة من اثني عشر هذا ومسيلة اخرى
تقسم بالمنازعة بلا خلاف وهي مسيلة الجامع الكبير اذا باع عبد غيره من رجل بغير امر مولاه وباع رجل اخر
نصفه بغير امره ايضا ثم اجاز المولى العقدين يقسم العبد بين المشتريين بطريق المنازعة اذا اختار
اخذه ربعه لمشتري النصف وثلثة ارباعه لمشتري الكل لهما ان في المسايل الاول ان الحقوق في المسايل
الاولين وسقوط الدين في ضيقه في مسيلة المأذون حكم شرعي متراحما النصفين عن الاخر فصار كل
نصف كانه عين على حدة فسلم احد النصفين لصاحب الكل وبقي النصف الاخر مشتركا بينهما وصار
كمسيلة الجامع بخلاف المسايل الثلثة الاخر لانه لم يوجد دليل لمن اخذ النصفين عن

الاخر بان بينة مدعي نصف الدار توجب استحقاقه في النصف شايعا فما من جزء منها الا وبينة توجب
استحقاق نصفه فيجب قسمة كل جزء على قدر حقيهما وكذا في مسيلتي الوصية وله ان اولياء الجناية
في المسيلة الاولى لا حق لهم في قيمة المدبر وانما حقهم في بدل المتلف وهو دية كل القتيل ونصف القتيل
الا انهم يستحقون بذلك الضرب في قيمة المدبر فكانت القيمة فارغة عن حقوقهم الا ان حق احدهما اكثر وحق الاخر
اقل فيستحقون بقدر حقوقهم الا ترى انه لو كان في المحل سبعة اخذ كل واحد منهم جميع حقه وصار كمسيلة
دين الالف والالفين وكما في المواريث فانه يثبت الاستحقاق لشيء مقدر وهو الربع او النصف ثم المستحق
بذلك الضرب في شيء من التركة ومسيلتا الوصية بالربع والثلث كذلك بخلاف المسايل الثلث الاخر
لان في مسيلة الدار البينة اوجبت استحقاق عين الدار او نصفها فلا حق لصاحب النصف فيما وراء النصف
وكذا في مسيلة الوصية بنصف العبد وبكله وبنصف المال وكله بخلاف الوصية بالثلث والربع لانه لم
يضف الى شيء بعينه قال وضمن في المدبر واما الولد لاقل من قيمتهما ومن الارش لما روي ان
ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وهو امير الشام بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
من غير نكير ولان المولى بواسطة التدبير والاستيلاد صار مانعا من التسليم في الجناية من غير اختيار
للفدا فنزل منزلته ما اذا دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما يلزمه الاقل لان الارش ان كان اقل فلا حق لولي
الجناية غير الارش وان كانت القيمة اقل فلم يتلف بالتدبير الا الرقبة قال فان عاد فجنى وقد دفع
القيمة الى الاول بقضاء شاركه ولي الثانية وهذا لان جنايات المدبر لا يجب فيها الا قيمة واحدة على ما
مر لانه لم يمنع بالتدبير الا رقبة واحدة والضمان يتعلق بالمنع فصار كانه دبره بعد الجنايات ويشارك
الثاني الاول فيما اخذ فيقاسمه بقدر حقه قال او بغيره فالثاني يرجع على الاول او على المولى
ثم يرجع المولى عليه وقالا لا شيء على المولى يعني اذا دفع القيمة بغير قضاء القاضي الى ولي الجناية الاولى
فولي الجناية الثانية مخير ان شاء رجع الى ولي الاولى وان شاء رجع على المولى ثم يرجع المولى على الاول عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس على المولى شيء لان المولى حين دفع القيمة الى الاول لم يكن للجناية الثانية
وجوده فقد دفع كل الحق الى مستحقه فلم يبق عليه شيء وصار كما لو دفع بقضاء القاضي وله ان
الجنايات يستند ضمانها الى التدبير الذي صار مانعا عن الموجب الاصلي وهو الدفع فكانه دبر بعد
الجنايات فتعلق حقوق اولياء الجنايات بالقيمة فاذا دفعها بقضاء القاضي الى الاول فقد زالت
يده عنها بغير اختياره فلم يلزمه ضمانها واذا دفعها بغير قضاء القاضي فقد سلم الى الاول ما تعلق
به حق الثاني فيثبت له تضمين ايهما شاء اما المولى فلانه جنى بالدفع لولي غير مستحقه واما الولي الاول فلانه
قبض حقه ظلما وصار كالوصي اذا دفع التركة الى الغرماء ثم ظهر غريم اخر فان دفع التركة بقضاء شارك
الغريم الاخر الغرماء فيما قبضوه وان دفعه بغير قضاء ان شاء رجع على الوصي وان شاء شارك الغرماء كذا هذا وانما

يرجع المولى على الاول اذا تبعه الثاني لانه سلم اليه غير حقه وان شارك الاول لم يرجع على احد
لان حاصل الضمان عليه قال وجناية المغصوب على مولاه معتبرة وعلى الغاصب هدر هاتان مسئلتان ن
الاولى اذا جنى العبد المغصوب على مولاه جناية توجب المال او على مال مولاه قال ابو حنيفة رضي الله
عنه يجب للمالك على الغاصب قيمته للجاني الا ان يكون الارش او القيمة المتلف من المال اقل فيجب الاقل وقالا
هدر عليه وقالا الجناية عليه وعلى ماله هدر لانها لو اعتبرت ادى الى التنافي والتضاد لانها جناية على المالك
فيكون المولى دافعا لعبده او قيمته الى نفسه فيكون مملكا ومتملكا ولان اعتبار ذلك لا يفيد المولى شيئا لم يكن
له من قبل لان ملكه فيه وفي قيمته متقرر فصار كما لو جنى عليه قبل الغصب او هو وديعة وله
انها جناية حاصلة من مغصوب على اجنبي حكما فوجب اعتبارها قياسا على الاجنبي حقيقة وحكما وهذا
لان الغاصب في حق المغصوب جعل بمنزلة المالك والمولى بمنزلة الاجنبي الا ترى انه لو جنى على اجنبي يكون قرار
الضمان على الغاصب لا على المالك ولا تضاد ولا تنافي لان المخاطب باقامة حكم الجناية هو الغاصب فانه مامور
بدفع ما هو الاقل من قيمته ومن الارش لانه عجز عن دفعه لعدم الفائدة في الدفع فتعين الاقل كما في المدبر
اذا جنى فيكون الغاصب مملكا والمالك متملكا والفائدة ظاهرة وهو ملك المولى الاقل من قيمته والارش ولم يكن
له ملك ذلك من قبل وصار كما اذا جنى العبد على اجنبي يرضى باخذ ما هو الاقل منهما من الغاصب ولم
يطلب الدفع من المولى كان على الغاصب ان يؤدي الاقل منهما اليه ويطهر العبد عن الجناية فكذا المولى يطالبه
بما هو الاقل منهما لنزوله منزلة الاجنبي المسئلة الثانية اذا جنى المغصوب على غاصبه او على ماله فهي هدر
عند ابي حنيفة وقالا هي معتبرة ويخاطب المولى بالدفع او الفداء لانها جناية حاصلة من مملوك على اجنبي
حقيقة فتعتبر كما لو كانت قبل الغصب او على اجنبي آخر غيره وهذا لان ملك المولى باق فيه بعد الغصب
كما هو قبله فكان اجنبيا مطلقا فان قيل اعتبارها غير مفيد لقرار الضمان على الغاصب كما لو جنى العبد
على اجنبي آخر قلنا بل هو مفيد لانا اذا دفعناه اليه فانه يملكه ويؤدي القيمة الواجبة عليه بغصبه
وقد يكون مرغوبا فيه للغاصب فيكون مشتريا من المولى واما اذا فداه مولاه بعشرة الاف فانه
يرجع على الغاصب بقيمة العبد لا بالفداء فان كانت قيمته اقل سلم له ما زاد عليها وان كانت مساوية
او اكثر فانه يرجع عليه بعشرة الاف الا عشرة لان قيمته بالغة ما بلغت فيستفيد ملك الزيادة وله انها
جناية حاصلة على مالكه حكما فتعتبر بمالكه حقيقة وحكما فيجب اهدارها لما مر من المسئلة الاولى
فان قيل قد بينتا فائدة الاعتبار فتعتبر قلنا ولئن افاد الا ان الاهدار واجب لمكان المنافاة فان
المملوكية تنافي حدوث حق المالك على المملوك الا ترى ان المنافاة بين ملكي اليمين والنكاح منعت
جواز تزوج المولى بالمكاتبة مع استفادة الحل به لو ثبت وكذا منعت ثبوت الدين للمولى على العبد
مع استفادة الشركة مع الغرماء في ثمنه اذا بيع في ديون المولى اذا كان قد استهلك مال المولى

كذا ههنا قال ولو قتل عند الغاصب خطأ فرده فقتل آخر عند المولى واختار دفعه
بهما رجع على الغاصب بنصف قيمته امره بملكه وامراة بدفعه الى ولي الاولى والرجوع
بانيا مثله لنفسه ه رجل غصب عبدا فقتل عنده انسانا خطأ ثم رده على مولاه فقتل عند
مولاه آخر واختار المولى دفعه الى ولي الجنايتين فاقتسماه بينهما فانه يرجع على الغاصب بنصف
قيمته فيدفعه الى ولي الجناية الاولى عند ابي حنيفة وابي يوسف ثم يرجع مرة اخرى عليه بنصف
قيمته فيسلم له وقال محمد لا يدفع النصف الاول الى ولي الجناية الاولى ولكنه يسلم له لان
ذلك بدل نصف العبد المدفوع الى ولي الاولى فلو دفعه اليه لاجتمع البدلان في ملك واحد
وهذا لان المولى انما يرجع على الغاصب بنصف قيمته لان نصف العبد استحق عليه بجناية كانت
في ضمان الغاصب فيرجع بقيمة ذلك النصف وكانت بدلا عنه ضرورة فامتنع دفعها اليه ولهما
ان حق الاول في كل العبد ولهذا يدفع كله اليه بالجناية الموجودة عند الغاصب لولا الثانية
ويرجع المولى عليه بكل قيمته فاذا زاحمه ولي الثانية فاخذ نصفه بقي حقه في نصفه فاذا رجع على الغاصب
بقيمة ما دفعه الى ولي الاول بجنايته وحدث منه حال الغصب فقد حصل له شيء من بدل ما كان الاول
يستحقه وانه فارغ من حق الآخر فكان له اخذه لانه بدل ما يستحقه واما اجتماع البدلين فنقول ما اخذه
المولى من الغاصب اولا بدل عن المدفوع بجنايته عند الغاصب فيما بينه وبينه وبدل عن القتيل في
حق الجناية الاولى ولا يمتنع كون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق شخص وبدلا عن شيء آخر في حق
غيره وكذا من باع خمرا وقضى بثمنه دينا لمسلم عليه فانه يجوز والماخوذ بدل الخمر في حق الذمي وبدل
الدين في حق المسلم وانما يرجع المولى بما اخذه ولي الجناية الاولى منه على الغاصب ثانيا لان المولى
لحقته هذه الغرامة بسبب الجناية الواقعة في يد الغاصب فكانه كان مستحقا من الاصل لولي الاولى
على الغاصب فصار كان المولى لم يقبضه وصار كما لو ادى الغاصب القيمة من مال غيره فاستحقها
المالك فان المولى يرجع عليه بمثلها كذا ههنا قال ولو اشترى عبدا فقتل قبل القبض
عمدا فان امضاه فله القصاص وان فسخ فهو للبائع ويوجب القيمة للبائع في الفسخ واوجبها في
الحالين رجل اشترى عبدا فقتل قبل قبضه عمدا ففيه القصاص للمشتري ان امضى البيع وللبائع
ان فسخه المشتري عند ابي حنيفة لانه دم معصوم على التابيد اهرق في دار الاسلام فيوجب القصاص ص
فان امضى المشتري البيع كان هو المالك فيستوفيه وان فسخه عاد الى ملك البائع فيستوفيه كان العقد
لم يوجد وقال ابو يوسف للمشتري القصاص ان امضى البيع وان فسخه فالقيمة للبائع دون القصاص
ولما اختص الخلاف بهذا الطرف سكت عن الاول ليعلم بالسكوت عنه موافقته الامام فيه
ووجه ذلك ان المشتري بامضاء البيع تقرر ملكه في العبد ولاشبهة سقط القصاص

فوجب وأما طرف الفسخ فالعبد وإن عاد الى ملك البايع لكنه حين الجناية لم يكن ملكا له حقيقة
بل كان للمشتري فأورث ذلك شبهة مسقطة للقصاص فوجبت القيمة وقال محمد يجب القيمة للمشتري
ان امضى البيع وللبايع ان فسخه لان الشبهة محققة في الوجهين باعتبار ان القتل حين وجد لم يكن
المستوفي للقصاص معينا وعدم التعيين يقتضي عدم وجوب القصاص للجهل واذا اعلف المدلول
عن الدليل ثبت شبهة المدلول قال ومن قتل عبدا خطا كانت قيمته على العاقلة
ولا تزاد على عشرة الاف الا عشرة وفي الامة على خمسة الاف الا عشرة وتوجبها في ماله بالغة
ما بلغت كالمغصوب هـ لابي يوسف وهو قول الشافعي انها جناية على المال فيجب القيمة غير
مقدرة كالبهايم وهذا لان الواجب للمولى والمولى ملكه من حيث المالية فيكون الواجب
بدل المالية كالمغصوب وعن علي وابن عمر رضي الله عنهما مثل مذهبه ولهما قوله تعالى
فدية مسلمة الى اهله مطلقا وهي اسم للواجب في مقابلة الادمية ولانها جناية على نفس ادمي
فلا تزاد على عشرة الالف وتحملها العاقلة كالحر ولان ما في العبد من المعاني موجوده في الحر مع
زيادة الحرية فاذا لم يجب في الحر زيادة على الدية فاولى ان لا يزاد في العبد مع نقصانه عنه ولان
فيه معنى الادمية ولهذا كان مكلفا وفيه معنى المالية والجمع بينهما متعذر والادمية اعلى فهي اولى
بالاعتبار بخلاف البهايم لكونها مالا محضا وبخلاف الغصب لان الغصب انما يرد على المال لكان
الواجب بمقابلة المال فيجب بالغا ما بلغ وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل مذهبهما وحكم المغصوب
من الزوايد واما القليل القيمة فالواجب بمقابلة الادمية ايضا غير انه لا نص فيه فقدرنا ذلك
قيمته بالراي لانه هو الاعدل واما اذا زادت قيمته على عشرة الاف ففيه نص وهو ما عين في الحر
شرعا الا انا نقصنا العبد من دية الحر اظهارا لشرف الحرية وحطا لرتبة العبودية عنها وانما قدر
ذلك بالعشرة لما ورد فيه عن ابن عباس رضي الله عنهما ولانه مقدار يستباح به الفرج والبد
في السرقة فكان مالا اذا خطر فقدرنا به قال ويقدر ثمن القيمة ما يقدر من الدية فلا يزاد
في يد العبد على خمسة الاف الا خمسة ويجب في مال الجاني هـ لان الواجب في نفسه عشرة الاف
الا عشرة واليد نصف الادمي فيجب فيها نصف ما يجب في النفس وانما يجب ضمان الطرف في مال
الجاني بالاجماع لان ما دون النفس من العبد جناية ضمان الاموال ولهذا قال ابو يوسف
في قوله الاخر وهو قول محمد ان ضمان الطرف لا يتقدر بالدية ولكن يقوم صحيحا عليه
وغير مجني عليه فيقوم فضل ما بين القيمتين لان ضمان الاموال لا يتقدر ولكن يجب بقدر
النقصان واما على قول ابي حنيفة وهو المذكور في المتن وهو قول ابي يوسف اولا فلان
الاطراف ملحقة بالنفوس باعتبار ان ابلاتها الالات لها وملحقة بالاموال باعتبار انها

مخلوقة لمصالحها فمست فيها معنى المالية في الاحرار ومعنى المالية في العبد اظهر ومعنى الحاق
الطرف بالنفس فيه قايم ايضا فلم يخلو اخلاوه عن معنى النفسية فقلنا من جهة ظهور معنى المالية
في اجزا العبد فارق طرفه طرف الحر فاوجبنا ضمان طرف الحر على العاقلة وما اوجبنا ضمان
طرف العبد عليهم وكان الضمان مقدرا كما سبق لقيام معنى النفسية من وجه وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه سوى بين ما يقصد به الزينة في العبد وبين ما يقصد به المنفعة في انه مقدر
وروى ابو يوسف عنه انه فرق بين ما يقصد به المنفعة وبين ما يقصد به الزينة لان المقصود
في العبد هو المنفعة فيتحمل ضمان ما هو المقصود مقدرا لا غير

فصل في القسامة

وهي مصدر اقسم قسامة سمي بها هذا الباب لان بناه على الايمان في الدم وهي مشروعة فيه بالاجماع
قال واذا وجد قتيل في محلة وبه اثر وكان دمه يسيل من عينه او اذنه او وجد بدنه او
اكثره او نصفه مع الراس ولا يعلم قاتله وادعى وليه قتله على اهلها او على بعضهم عمدا او خطا
ولا بينة يختار منهم خمسين رجلا احرارا بالغين عقلا يحلفون بالله ما قتلناه ولا عرفنا قاتله
ثم يقضي بالدية عليهم وتكرر ان نقصوا فان نكلوا حبسوا ابدا او يحلفوا ويحكم بها المنكول عليهم
ولا يشترط يمين الولي اذا كان لوث يحكم له بها ان حلف وعليهم ان نكلوا وبالبراءة ان حلفوا ولا
حكموا له بالقود ان ادعى العمد وحلف مع اللوث انما شرط الاثر لانه اذا لم يكن به اثر فليس
بقتيل عرفا فان القتيل هو من مات حتفه بسبب مباشرة حي وهذا مات حتف انفه والغرامة
من توابع فعل العبد والقسامة تابعة لاحتمال القتل فلا بد من اثر يستدل به على كونه قتيلا والاثر
جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا يخرج منهما
عادة بخلاف ما اذا خرج من فمه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه الاعضا للميت
عادة فلم يكن اثر فعل القاتل وكذلك اذا وجد بدن القتيل او اكثر البدن او وجد نصفه
مع الراس لقيام الاكثر مقام الكل حكما تعظيما للادمي وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد
اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شي على من وجد عندهم لان هذا
حكم عرف بالنص وقد ورد في البدن واكثره كله واقله ليس ببدن حقيقة وقد اعتبرناه بتكرر
القسامة والدية في مقابلة نفس واحدة وانه غير مشروع وانما شرط عدم العلم بالقاتل
لانه اذا علم قاتله سقطت القسامة وتعلق الحق بعين القاتل واما شرط دعوى الولي لان الحق
له فيشترط دعواه واما على جميع اهل المحلة او على بعضهم اما بوصف العمد او بوصف الخطا
وانما شرط عدم البينة لان البينة اذا كانت قايمة فلا قسامة ايضا وانما قال يختار الولي
اشارة الى ان تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار

اصلح اهل المحلة ممن يتحرى عن اليمين الكاذبة وفايدة ذلك انهم ان لم يكونوا باشروا القتل
بصلاحهم لكنهم ان علموا قاتله لا يكتمونه وان لم يعلموا فالفايدة في يمينهم على العلم ابلغ من
ممن غير صالح والحصر في هذا العدد واجب بالسنة في هذا الباب وردت به الاخبار حتى لو
نقص عددهم عن الخمسين تكرر اليمين حتى يتم العدد بذلك قضى عمر رضي الله عنه حين وافى
اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية ولما كان هذا
العدد واجبا بالسنة وجب اثباته مهما امكن من غير نظر الى فايدة العدد على ان فيه تعظيم
امر الدم ولو اراد الولي بعد كمال العدد ان يتكرر على احدهم اليمين ليس له ذلك لان المصير الى التكرار
كان لمعنى اكمال العدد فلانه لا يشرع مع كماله وانما شرط في الحالفين ان يكونوا رجالا احرارا بالغين
عقلاء لان المراة والعبد ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها والصبي والمجنون ليسا
من اهل الاقوال الصحيحة فليسا من اهل اليمين يحلفون بالله تعالى ما قتلناه ولا عرفنا له قاتلا فاذا
حلفوا قضي بالدية عليهم يعني على عاقلتهم وقال الشافعي رحمه الله اذا وجد القتيل في محلة
وادعى الولي بدئ بيمينه خمسين يمينا على دعواه فان حلف انهم قتلوه عمدا له القصاص في قول وهو
قول مالك رحمه وان حلف انهم قتلوه خطا فله الدية في القول الاخر وهو الصحيح انه اذا حلف
انهم قتلوه خطا او عمدا تجب الدية وقد اشار اليه في الكتاب بقوله يحكم له بها يعني بالدية وهذا
اذا كان ثم لوث وتفسير اللوث ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي
من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وانما شرط هذا الشرط
لان مذهبه كمذهبنا عند عدم اللوث فان نكل عن اليمين استحلف اهل المحلة فان حلفوا برئوا وان
نكلوا حكم عليهم بالدية فالخلافية مع الشافعي في موضعين احدهما ان المدعي لا يحلف عندنا وعنده
يحلف بشهادة الظاهر له والثاني في براءة اهل المحلة باليمين له في الاول ما روي ان عبد الله بن
سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فجاء اخوه عبد الرحمن وعماه حويصة ومحيصة الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال عليه السلام الكبر الكبر فتكلم
الكبير من عميه فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قلب خيبر فقال عليه
السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على ما لم نعاين فقال عليه
السلام يبريكم اليهود بايمانها يحلفون خمسين يمينا بالله ما قتلناه ولا عرفنا له قاتلا فقالوا
انا نرضى بايمان قوم كفار فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من ابل الصدقة ولان
اليمين يجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي بدئ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول فثبت القصاص في العمد والدية

في الخطا ووجه الاصح من مذهبه ان هذه الدلالة فيها نوع شبهة فالقصاص يندرئ
بالشبهة فلهذا وجبت الدية في الخطا والعمد جميعا ولنا ما روى ابو سعيد الخدري ان
قتيلا وجد بين قريتين فامر النبي عليه السلام بان يذرع فوجد الى احدى القريتين اقرب
فجعل عليهم القسامة والدية وقضى عمر رضي الله عنه بمثله في القتيل الذي وجد بين وادعة
وارحب وجعل على اهل وادعة القسامة والدية فقالوا لا ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع
عن ايماننا فقال اما ايمانكم فلحقن دمائكم واما اموالكم فلوجود القتيل بين اظهركم ولقوله صلى
الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وروى سعيد بن المسيب انه عليه السلام
بدا بالقسامة باليهود وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع
دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال مع انه مبذول فلان
لا يستحق بها النفس مع انها معصومة اولى وما رواه معارض بما روي انه عليه السلام قال لهم اتاتون
البينة فقالوا لو كانت لنا بينة ما قتلوه فقال يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ما قتلوه ولا علموا
له قاتلا وله في براءة المدعى عليه باليمين قوله عليه السلام يبريكم اليهود بايمانها ولان اليمين
مبرئة في الشرع عن الدعوى لا ملزمة كما في ساير الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة
فيما رويناه وقوله عليه السلام يبريكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة
عما وجب له اليمين والقسامة لم تجب لاجل ايجاب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم
عن اليمين فيقروا بالقاتل بالقتل فاذا حلفوا برئوا عن القصاص ووجوب الدية بوجود القتيل منهم
ظاهرا لحصوله بين اظهرهم لا بنكولهم او لتقصيرهم في المحافظة كما في القتل
الخطا ولو نكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا او يقروا عند ابي حنيفة ومحمد لان ذلك حق مستحق عليهم
فان اليمين حق لانه تعظيما لامر الدم الا ترى انه يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان
اليمين فيها بدل عن اصل الحق ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يقضي عليهم بالدية عند نكولهم اعتبارا بالحقوق في الاموال والفرق
اوضحناه قال وان ادعى على غيرهم سقطت القسامة عنهم لا على واحد منهم لان
اليمين انما تلزمهم بالدعوى عليهم وكذلك الدية وهو بالدعوى على غيرهم غير مدع عليهم وهذا
بخلاف ما اذا ادعى على واحد منهم بعينه لان ايجاب القسامة عليهم دليل كون القاتل منهم
فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم واذا ادعى على واحد من غيرهم فهو دليل على ان
القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون بكون القاتل منهم تقديرا حيث لم يحفظوا المحلة عن مثله
قال وشهادتهم على المدعى عليه مردودة اذا وجد القتيل في محلة فادعى ولي القتيل على غيرهم

فشهد اثنان منهم عدلان من اهل المحلة له ان المدعى عليه قتله لم تقبل شهادتهم عند ابي حنيفة وقالا
تقبل لانه بالدعوى على غيرهم سقط عنهم موجب ذلك وهو القسامة والدية فنزلوا منزلة
غيرهم بالنسبة الى المدعى عليه كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله ان التهمة متمكنة
لانهم تواضعوا على ذلك ان كانت بين الولي وبين المدعى عليه عداوة فيقول له هولاء ادع
عليه ونحن نشهد لك فيقتله بعلة القصاص ولانهم خصماء بزعمهم قائلين للتقصير الصادر منهم
فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا عن الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد
واما اطلاقه في الكتاب قوله وشهادتهم على المدعى عليه يشمل كونه من غيرهم وكونه منهم حتى
لو شهد اثنان من اهل المحلة على قاتل منهم بعينه لم تقبل عنده لان الخصومة قائمة مع الكل
والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما في ذلك قال واذا قال المستحلف قتله فلان
استثناه في يمينه ه اذا قال الذي يستحلف ان فلانا قتله استحلف بالله ما قتلته ولا عرفت
له قاتلا غير فلان لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل فيحلف على عدم قتله ونفي
علمه بقاتل غير من اقر عليه القتل فيستثنيه في اليمين لموضع اقراره وينفي حكم غيره كما كان يحلف
عليه قال واذا وجد على دابة كانت على عاقلة السائق لانه في يده فكان كالموجود في داره
قال او بين قريتين كانت على اقربهما ه لما روي انه صلى الله عليه وسلم اتي بقتيل وجد بين
قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه لما كتب اليه في قتيل وجد بين وادعة وبين ارحب
كتب بان يقاس بين القريتين فوجدا الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل وهذا محمول
على ان الصوت كان يبلغهم لانه حينئذ يلحقه الغوث منهم فيتمكنون من نصرته فينزلون
مقصرين قال او في دار انسان كانت القسامة عليه والدية على عاقلته اما ان القسامة
عليه فلان الدار في يده واما ان الدية على عاقلته لان النصرة والقوة بهم والدية رفع عطفا
على القسامة وليست جملة اسمية قال وتشارك السكان والملاك في القسامة واخرها
السكان ه قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يدخل السكان في القسامة مع الملاك وقال
ابو يوسف هي عليهم جميعا وهذا اذا كان المالك ساكنا فلو لم يكن [illegible] كما يدخل
السكان اجماعا له ان ولاية التدبير كما يقع بالملك بالسكنى ولهذا فانه صلى الله عليه وسلم
جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر ولم يخص الملاك ولهما ان المالك هو المختص
بنصرة ملكه دون الساكن لان سكنى الملاك الزم وقرارهم بها ادوم فكانت ولاية التدبير الى
الملاك فيتحقق التقصير منه واما اهل خيبر فانه صلى الله عليه وسلم كان قد اقرهم على املاكهم وكان
المأخوذ منهم مأخوذا على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة وان بقي واحد دون

المشترين وسكان كما بينهم قال ابو حنيفة رضي الله عنه القسامة على اهل الخطة دون المشترين
ولو بقي من اهل الخطة واحد كانت عليه وقال ابو يوسف ومحمد الكل مشتركون لان وجوب الضمان
يعتمد التقصير في حفظ من له ولاية الحفظ لانه بالتقصير يجعل جانيا وهذه الولاية باعتبار الملك
وهم فيه سواء فيعم الحكم بعموم العلة وله ان ولاية الحفظ مختصة باهل الخطة عرفا لانهم اصيلون
والمشتري معهم دخيل وولاية التدبير الى الاصيل دون الدخيل فلا تساوي واذا بقي من اهل الخطة
واحد تعلق الحكم به اعتبارا للاصيل وقد مر نظير هذا في قطع الكف وفيها اصبع واحدة وقيل
ان ابا حنيفة بنى الحكم في هذه المسألة على ما شاهده بالكوفة فان اهل الخطة كانوا يدبرون امر المحلة وينصرونها
دون المشترين فبنى الحكم على ما راى وان لم يبق احد بان باعوا كلهم انتقل الى المشترين لعدم المزاحم
قال وان وجد في دار بيعت قبل القبض فهي على عاقلة من هي في يده مطلقا وقالا ان
كان باتا فعلى عاقلة المشتري والا فعاقلة من يصير له ه رجل اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها
قتيل فالقسامة على عاقلة من الدار في يده مطلقا سواء كان البيع باتا او شرط الخيار لاحدهما عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان البيع باتا فهي على عاقلة المشتري وان كان مشروطا
شرط الخيار فعلى عاقلة من يصير الدار له ويستقر ملكها عليه لهما اعتبار الملك لان الحفظ به وهو اعتبر
اليد لان القدرة على الحفظ حقيقة باليد وهي لازمة لمن يلزمه التقصير في حفظ المحل وهي باليد فوقه
بالملك فكان اولى بالاعتبار قال او في دار نفسه فهي على عاقلته واهدراه ه اذا وجد الانسان
قتيلا في دار نفسه قال ابو حنيفة على عاقلته القسامة والدية وقالا هو هدر لا يجب عنه شيء لانه
لو وجب لوجب على مالك الدار وهو مالكها فيجب له على نفسه ثم ينتقل الى العاقلة والى الورثة والوجوب
له عليه ممتنع كما لو قتل نفسه وله انه وجد قتيلا في دار لو وجد غيره قتيلا فيها كانت الدية على
عاقلته فكان هذا كواحد من اهل المحلة اذا وجد قتيلا فيها فانه لا يهدر دمه وكذا هذا قال
او في دار امرأة في مصر خال عن عشيرتها توجبها مع الدية على عاقلتها وخصها بالقسامة والعاقلة
بالدية ه اذا وجد قتيل في دار امرأة في مصر ليس في ذلك المصر احد من عشيرتها قال ابو يوسف
يجب القسامة والدية على عاقلتها وقال محمد القسامة عليها تكرر اليمين خمسين مرة ثم يقضى
بالدية على عاقلتها لان الدار ملكها وهي من اهل اليمين والقسامة انما تجب على مالك المحل وله
ان المرأة ليست من اهل النصرة والقسامة انما وجبت من حيث النصرة وصارت كالدية قال او في
سفينة كانت على من فيها مطلقا ه اذا وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من السكان
والملاحين لانها في ايديهم وهذا على قول ابي يوسف ظاهر لانه يوجب القسامة على السكان
مع الملاك والفرق على قولهما ان السفينة تنقل وتحول فكان المعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة

ولا كذلك الدار والمحلة قال او في مسجد محلة فعلى اهلها اذا وجد القتيل في مسجد كانت القسامة
على اهل المحلة لانهم اخص بتدبيره والتصرف فيه فكانه وجد في نفس المحلة قال او الجامع او الشارع
الاعظم كانت الدية على بيت المال ولا قسامة لان ذلك المحل لا اختصاص لاحد به دون قوم بل المسلمون مشتركون
فيه فما يجب فيه يكون في بيت مالهم واليمين انما تجب للتهمة والتهمة معدومة في جماعة المسلمين ولو وجد
في السجن فعلى قول ابي يوسف تجب القسامة والدية على اهل السجن لانهم السكان وولاية التدبير
اليهم والظاهر حصول القتل منهم وهما يقولان انهم مقهورون لا يتناصرون فلا تتعلق بهم ما
وجب بسبب النصرة قال او في وسط الفرات اهدرناه كالبرية لا كالمحتبس بالشاطئ حيث
يجب على اقرب القرى منه ه اذا وجد القتيل في وسط الفرات يجري به الماء فهو هدر كما لو
وجد في برية والجامع عدم اليد والملك والغوث لبعده العامر ولم يقيد البرية بما اذا كانت بعيدة
من العامر لدلالة الحال وما سبق من انه اذا وجد بين قريتين ينسب الى اقربهما وكذلك لم يقيد وسط
الفرات بان الماء يجري به لدلالة قوله بعد ذلك لا كالمحتبس فان الاحتباس دليل على عدمه في الاول
وقال زفر تجب القسامة على اقرب القرى والاراضي من حيث وجد في الماء كالمحتبس في شاطئ الفرات
فانه تجب القسامة والدية على اقرب المواضع منه والفرق لنا انه اذا كان في وسط الفرات
فالماء ينقله من مكان الى مكان فلا ندري من اي مكان اسقط بخلاف المحتبس في الشاطئ بانه لا
ينقل وقد اشار في المتن بالقياسين الى الحكمين مع الاشارة الى التعليل ه

فصل في المعاقل

وهي جمع معقلة وهي الدية سميت عقلا لانها تعقل الدماء من الاراقة ولانها كانت اذا اخذت
من الابل تعقل ثم تساق الى ولي الجناية والعاقلة الذين يؤدون الدية قال وتجب على العاقلة كل دية
وجبت بنفس القتل ه هذا احتراز عما وجب بالصلح وعما وجب بالاعتراف وعما وجب مع سقوط
القتل بشبهة كالاب في قتل ولده وما يجب بنفس القتل كشبه العمد والخطا والاصل في وجوبها
على العاقلة حديث الجنين حيث قال صلى الله عليه وسلم قوموا فدوه وروي انه عليه السلام
جعل على كل بطن من الانصار عقوله ومن النظر ان الخاطئ معذور لعدم القصد ولكن عذره
لا يعدم حرمة النفس المعصومة لكن يمنع ترتب العقوبة عليه فاوجب الشرع الدية صيانة
للدم عن الهدر وفي الايجاب عليه في ماله اجحاف به واستئصال له فيكون عقوبة فضم
الشرع اليه العاقلة دفعا للعقوبة عنه ولان الخطا وشبه العمد انما يوجدان ممن يستظهر
بعشيرته وقوة يجدها في نفسه لكثرتهم وقوة انصاره منهم فنزلوا منزلة المشاركين في القتل
فكانوا كالردء والمعتبر في هذا الخلاف الملتفات في الاموال لقلته فيها فلا احتياج الى التخفيف والدية

مال كثير بخلاف القاتل فاحتاج الى التخفيف والقتل في شبه العمد يجري في الدية مجرى الخطايا
باعتبار قصور الالة وكذلك في تحمل العاقلة وقضى عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة في الخطا من
غير نكير من احد من الصحابة رضي الله عنهم فكان اجماعا قال وتحملها اهل الديوان ان كان القاتل
منهم لا اهل عشيرته فتؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين سواء خرجت في اقل او اكثر والا فعاقلته قبيلته
تقسط عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم وينقص منها وضم اليهم اقرب القبائل
نسبا ان لم يتسع لذلك اذا القاتل من اهل الديوان فعاقلته اهل الديوان وهم الذين لهم رزق في
بيت المال وفي زماننا هم اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وقال الشافعي
الدية على اهل العشيرة لانهم كانوا العاقلة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبقي كذلك بعده
لامتناع النسخ بعده عليه السلام ولان ذلك صلة والاقارب اولى بالصلات والمنبه على خلافه من الزوايد
ولنا ما قضى به عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فانعقد اجماعا وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير من حيث المعنى
لان العرب كانوا يتناصرون باسباب منها القرابة والولاء والحلف وجرى الامر على ذلك في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثم صار التناصر بالدواوين في زمن عمر رضي الله عنه حين دون فصار كل ديوان
ينصر بعضهم بعضا وان كانوا من قبائل متفرقة فكان ايجاب العقل عليهم وفاقا لما قضى به رسول
الله صلى الله عليه وسلم على العشيرة باعتبار اتحاد المعنى وهو النصرة حتى اذا كان تناصرهم اليوم
بالحرف فعاقلته اهل حرفته ولما كان ايجابها بطريق الصلة فكان ايجابها فيما يصل اليهم صلة وهو
العطاء اولى فاهل كل ديوان فيما يصل اليهم كنفس واحدة والاخذ في ثلث سنين مروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه والمعتبر في الثلاث يوم القضاء لان وجوب الدية
يوم القضاء فيعتبر ابتداؤها من حينه وسواء خرجت العطايا في اقل من ثلث سنين او اكثر منها لان
وجوبها في العطاء للتخفيف فاذا حصل في اي وقت حصل وجد المقصود فيؤخذ منه وان تاخرت
العطايا لم يطالبوا بشيء وان تعجلت لثلاث سنين اخذ منها الجميع لما ذكرنا واذا وجب الكل في ثلث
سنين كان كل ثلث في سنة فاذا وجب الثلث فما دونه كان في سنة وما زاد على الثلث الى الثلثين
في سنتين وما زاد الى تمام الدية في السنة الثالثة وان كانت العاقلة اصحاب الرزق اخذ من ارزاقهم
في ثلث سنين فان خرجت في كل سنة اخذت منها الثلث وان خرجت في كل نصف سنة اخذ
منها السدس ويؤخذ في كل شهر بحصته والحاصل انه يؤخذ في كل سنة الثلث كيف ما خرج
لان الارزاق لاربابها كالعطا لاصحابها وان كانت لهم ارزاق وعطايا اخذت الدية من العطايا لا

لان ذلك اسهل لان الرزق مقدر بالكفايه والعطا مقدر بالغنا والحرب والاختبار للحاجه
فكان الاخذ منه اسهل هذا ان كان القاتل من اهل الديوان فان لم يكن من اهل الديوان فعاقلته
قبيلته تقسط الديه عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعه دراهم وينقص منها وقبيله
الرجل عصبته من النسب لما روي انه عليه السلم اوجب الديه على عصبه القاتل لان تناصرهم بالقرب
ولا يزاد الواحد على اربعه دراهم او ثلثه دراهم فيوخذ منه كل سنه درهم وثلث او درهم وهذا
هو الاصح المختار نص عليه محمد رحمه الله عليه لان الاصل فيها التخفيف والدرهم اقل المقدرات ويزاد
ثلث درهم ليكون اكثر من الاقل وما لم يبلغ النصف فهو في حكم الاقل واذا لم يتسع القبيله لذلك
ضم اليهم اقرب القبايل من غيرهم نسبا تحرزا عن الاجحاف وتحقيقا لمعنى التخفيف فيضم اليهم الاقرب
فالاقرب على ترتيب العصبات لوقوع التناصر بذلك وكذلك لاهل الديوان اذا لم يتسع للديه ضم اليهم
اليهم اقرب الرايات اليهم نصره اذا حزبهم امر ودهمهم عدو وذلك مفوض الى راى الامام لانه
اعلم به ومن لا عاقله له ففيه روايتان اصحهما وهي ظاهر الروايه تجب في بيت المال لانه لو مات
عن غير وارث يرثه بيت المال فاذا جنى يغرمه اذ الغنم بالغرم والثانيه وهي الروايه الشاذه ان تجب
الديه في ماله لان الاصل ان تجب في مال الجاني لانا عدلنا عن الاصل تخفيفا فاذا لم يكن له عاقله
عاد الى الاصل قال ويؤدي القاتل كاحدهم لان عدم وجوب الكل عليه كان لخوف الاجحاف
به ولا اجحاف في هذا ولانه الجاني فلا اقل من ان يودي كاحدهم ولان وجوبها بالتناصر وهو اولى
بنصره نفسه قال ولا يعقل صبي ولا امراه ولا كافر عن مسلم ولا بالعكس هذه زوايد
اما الاولان فلانهما ليسا من اهل النصره ولان الصبي من اهل التبرع والصله واما العبد والمدبر والمكاتب
فلان العرب لم يستنصروا بهم واما الكافر عن مسلم وبالعكس فلعدم التناصر والكفار يعقل بعضهم
بعضا لان الكفر كله مله واحده الا ان يكون بينهم حروب واذا كان للذمي عاقله فالديه على عاقلته
لالتزامهم باحكامنا في المعاملات ولوجود التناصر بينهم وان لم يكن له عاقله فالديه في ماله
في ثلث سنين كما قلنا في المسلم لان الاصل ان تجب على الجاني فاذا وجدت العاقله تحولت اليهم
فان لم يكن عادت الى الاصل قال ويعقل قبيله المولى عن المعتق ۝ لقوله عليه السلم مولى
القوم منهم ولان نصره المعتق بقبيله مولاه قال والقبيله والمولى عن مولى الموالاه
لوجود التناصر بعقد الموالاه قال ولا تعقل العاقله جنايه عبد ولا صلحا ولا ما لزم
باعتراف الجاني الا ان يصدقوه ولا ما نقص عن خمسين دينارا ۝ لما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا

ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحه وارش الموضحه نصف عشر بدل النفس ولان
التحمل للتحرز عن الاجحاف والقليل لا اجحاف فيه هذا التقدير من القليل والكثير ثابت بالسمع
وما نقص عن نصف عشر الديه فهو في مال الجاني واما ما لزم باعتراف الجاني فان العاقله الا
ان يصدقوه فلما ان اقراره غير لازم لهم [illegible] ولانه عليهم فاذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم
برضاهم ولو تصادق القاتل وولي الجنايه على ان قاضيا من القضاه حكم على العاقله بالديه وكذبتهما
العاقله فلا شي عليهم لان تصادقهما لا يكون حجه عليهم وليس على القاتل شي في ماله لان الديه
تقررت على العاقله بتصادقهما وهو حجه في حقهما بخلاف الاول حيث تجب الديه في ماله
باعترافه وتعذر ايجابها على العاقله فتجب عليه ۝

كتاب الحدود

الحدود جمع حد وهو المنع في اللغه ومنه سمي البواب حدادا للمنع من الدخول وحدود
الدار لانها موانع من وقوع الاشتراك واحدت المراه منعت نفسها من الملاذ والتزين واللفظ
المشتمل على ذاتيات المحدود حد لمنع غيره من الدخول فيه وحدود الشرع موانع عن الاقدام
على اسبابها وهي في الشرع العقوبات المقدره الواجبه حقا لله تعالى واحترز بالمقدره عن
التعزير فانه وان كان عقوبه للزجر الا انه غير مقدر وبكونه حقا لله تعالى عن القصاص
فانه وان كان متضمنا للزجر الا انه حق العبد حتى يسقط بالعفو وبالاعتياض عنه ولا كذلك
الحد والاصل في شرعيه الحدود وهو الزجر فان الطباع الشريره والانفس الشهوانيه تغلب
عليها تحصيل الشهوات بغير الطرق المشروعه من الشرب والزنا والتشفي بالقتل والاستطاله
بالشتم والقذف واخذ مال الغير والضرب وقطع الطريق فاقتضت الحكمه الالهيه شرع هذه
الحدود موانع وزواجر لبقاء العالم على نظام العدل قال اذا زنى رجل بامراه بان وطيها
في القبل في غير ملك او شبهه فشهد عليه او عليها اربعه رجال ويشترط اجتماعهم فيسالهم
الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزني بها فبينوا كالميل في المكحله وعدلوا
سرا وجهرا او اقر به عاقل بالغ واعتبروه من دهي بديهته اربع مرات في اربع مجالس من مجالسه
ولا يكتفي بالمراه فيسال عما تقدم من بيان حكمه ولم يلحقوا بها ظهور الحبل ۝ الزنا عباره عن وطي
الرجل المراه في القبل في غير الملك وشبهته وهذا البيان من الزوايد اما انه الوطي في القبل
حراما فلفهم ذلك عند اطلاق اسم الزنا ولهذا فانه عليه السلم حد ماعزا لما فسر الزنا
بذلك واما اشتراط عدم الملك فلان الملك مما يبيح الوطي فلا يكون زنا واما اشتراط عدم
الشبهه فلقوله عليه السلم ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم ولا بد في ذلك من مجاوزه

الختان الختان لان المخالطه بذلك يتحقق فان كان دونه ملامسه لا يتعلق بها احكام
الوطي من الغسل وكفاره الصوم وفساد الحج ووجوب الرجم وعند ذلك ثبت الزنا
بالبينه والاقرار والمراد ثبوته عند الامام اذ الزنا يثبت بفعل الزاني ولكن البينه دليل
مظهر وعلم في حق العلم به وكذلك الاقرار لغلبه الصدق على المقر وعلى الخصوص فيما
فيما يضره ثبوت موجبه ولما كان لو توقف على الحقيقه متعذرا اكتفي في ثبوته بالدليل الظاهر
فالبينه ان يشهد اربعه من الرجال على رجل او امراه بالزنا اما اعتبار العدد فلقوله تعالى
فاستشهدوا عليهن اربعه منكم ثم لم ياتوا باربعه شهدا ولقوله عليه السلام للقاذف
ائت باربعه يشهدون بصدق مقالتك ولان في اعتبار الاربع معنى الستر المندوب
اليه في الشرع واما اجتماعهم في مجلس واحد فهو شرط صحه الشهاده وقال الشافعي
تصح شهادتهم متفرقين لان الايه مطلقه اشتراط الاربع دون اتحاد المجلس فلا تقيده كما
في ساير الشهادات ولنا ان هذه شهاده تمكن احتمال ان يصير قذفا موجبا للحد ان لم
يتم نصاب الشهاده فتوقف صحه شهاده من شهد على انضمام من يتم نصاب الشهاده
فتتقيد بالمجلس كالايجاب والقبول بخلاف الشهاده في ساير المواضع لعدم احتمال ان
يصير شيئا اخر غير الشهاده وههنا حين وجدت احتمل كونها قذفا موجبا للحد ان
لم ينضم اليه تمام نصابها فاذا انتهى المجلس ولم يتم تقرر ذلك قذفا لتوقف تمامها شهاده
على انضمام الثاني والا تصال القضا بها وقد تم توقف تمامها قذفا على وجود شي ثم اذا شهدوا
في مجلس واحد مجتمعين يسالهم القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن
زنى وهذا الاحتياط في درء الحد اما السوال عن الماهيه والكيفيه فلجواز ان يشتبه
عليهم فيظنون ما دون الزنا زنا لانه يطلق عليه اسمه مجازا كما قال صلى الله عليه وسلم
العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك او يكذب
واما السوال عن الزمان والمكان فلجواز ان يكون الزنا في دار الحرب او في زمان الصبا
او في زمان متقادم واما السوال عن المزني بها فلاحتمال حلها له او لاحتمال شبهه
تدرا الحد عنه لا تقف عليها الشهود فاذا بينوا ذلك كله وذكروا انها محرمه عليه
من كل وجه وهذا زايد في المختصر وقالوا راينا وطيها في فرجها كالميل في المكحله و
سئلوا وعدلوا سرا وجهرا وكيفيه التعديل ياتي في الشهادات ان شا الله حكم الحاكم به واما الاقرار
فان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات في اربع مجالس يرده القاضي في كل مجلس
منها فاذا تمت ساله عن الزنا ما هو وكيف هو واين هو ومتى زنى وبمن زنى فاذا بين حكمه

واما اشتراط العقل والبلوغ فلانها شرط توجه التكليف ولان قول الصبي
غير معتبر اصلا عند الشافعي وغير معتبر عندنا فيما يضره لان اقواله على ثلثه اقسام ما
ينفعه وهو معتبر غير متوقف على الاذن وما يضره وهو غير معتبر وما يدور بين
النفع والضرر يتوقف على اذن الولي واما الاسلام فليس بشرط عندنا حتى لو كان ذميا
فاقر بالزنا بذميه يحده القاضي اذا ترافعوا الينا وقال مالك لا يحده لان قول الذمي لا يوجب
على القاضي شيا ولنا انه اقر على نفسه بوجوبه عليه فيقبل لقوله تعالى بل الانسان على
نفسه بصيره ووجوب الحكم على القاضي بسبب تقلده القضا لا بقول الذمي وهذه فرع على
القول بوجوب القضا بينهم اذا ترافعوا ولاصحاب مالك في ذلك قولان وانما قيد بالذميه
لان الزنا بالمسلمه على وجه الاستكراه يوجب القتل لانه عنده نقض للعهد والقيد
من الزوايد واما اشتراط الاربع فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يكتفي فيه بالمراه الواحده حد
لان الاقرار دليل مظهر والظهور يثبت بالمره فلم يفد التكرار زياده فيه بعد ظهوره
بخلاف الشهاده فان زياده العدد فيها يوجب زياده الظهور واعتبارا بساير
الحقوق ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه عليه السلام اخر اقامه الحد عليه حتى
تم اقراره في اربع مجالس يعرض عنه صلى الله عليه وسلم في كل مره حتى يخرج من المسجد وفي
روايه طرده حتى توارى بحيطان المدينه فلو كانت المره كافيه لما اخر الى الرابعه لثبوت الوجوب
بالاولى ولقوله صلى الله عليه وسلم بعد ان تم الرابعه الان اقررت اربعا فانه دليل على ان الوجوب
تعلق بها ولما روي ان ابا بكر رضي الله عنه لما اقر الثالثه قال له ان اقررت الرابعه رجمك
رسول الله وهو دليل على سبق العلم ان هذا العدد شرط لانه لا يعلم الا توقيفا ولان الزنا
مختص بزياده تاكيد ليس في غيره الا ترى انه يختص بزياده العدد في الشهاده فكذا في الاقرار
اعظاما لامره ومبالغه في الستر المندوب اليه واما اشتراط اختلاف مجالس المقر فلما روينا
والاختلاف يثبت بان يرده الامام في كل مره فيذهب حتى يغيب عن نظره ثم يجي فيقر
هذا هو المروي عن ابي حنيفه رضي الله عنه ولان لاتحاد المجلس مع تعدد الاقرار اثرا
في جمع المتفرق منها فتقوم الشبهه في كون تلك الاقارير واحدا حكما والاقرار قايم بالمقر
فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والامام واذا تم اقراره كذلك ساله
القاضي عما تقدم من المعاني التي سبق ذكرها وقيل لا يساله عن الزمان لان تقادم
العهد مانع من الشهاده دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز انه زنا في صباه فلذلك
اطلق في الكتاب واما ظهور الحبل فليس مما يثبت به الزنا عندنا وقال مالك رحمه الله

الزنا ثبت اما بالبينه او بالاقرار وبظهور الحبل لان ظهوره من غير زوج دليل على
زناها فيثبت به لظهوره ولنا ان حال المسلم والمسلمة يمنع من اعتراف هذه الكبيره
وهذا الحمل يجوز ان يكون عن نكاح صحيح او فاسد وهذا الاحتمال يستند الى دليل وهو حال
الاسلام المانعه من اقتراف الكبيره فقامت الشبهه الدارئه للحد قال ويقبل رجوعه
اذا رجع المقر عن اقراره في اثنا الحد او قبل اقامته سقط عنه الحد لان الرجوع خبر محتمل
للصدق وليس فيه من يكذبه فيتحقق الشبهه في الاقرار وهذا لان الاقرار بالمال يعارضه الرجوع
فيه تكذيب المقر له فيتساقطان فبقي الاقرار السابق واما ههنا فتعارض الاقرار والرجوع
وان لم يكن الرجوع صالحا للمعارضه لمكان التهمه لكن يورث شبهه وهي كافيه في
درء الحد لتعلق حق العبد بالقصاص وحد القذف فكان يكذبه في الرجوع بخلاف ما هو
خالص حق الله تعالى قال ويستحب تلقينه اياه ش يستحب للامام ان يلقنه الرجوع
فيقول له لعلك قبلت او لمست لقوله عليه السلم لماعز رضي الله عنه لعلك مسستها او قبلتها
قال في الاصل وينبغي للامام ان يقول لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهه وهو قريب مما رويناه
في معناه قال ولو اقر بعد القضا بالبينه مره سقطه واقامه ش اذا قامت البينه على
رجل بالزنا فحكم القاضي به فاقر المشهود عليه بذلك مره واحده قال ابو يوسف بطلت
الشهاده لفوات شرط القبول وهو انكار الخصم ولا يحد بالاقرار لعدم شرطه وهو كونه
اربع مرات في اربع مجالس وقال محمد لا يبطل الشهاده لاتصال الحكم بها فان كذبت فلم يبطلها
بعد القضا ما كان يبطلها قبله وهذا الخلاف مبني على اصل وهو ان الامضا من القضا
عند ابي يوسف في الحدود فما قبل الامضا بمنزله ما قبل القضا وعند محمد بمنزله ما بعد
القضا قال ويبدا الشهود برجم المحصن ثم الامام ويقدم في الاقرار ثم الناس
ويجوز ان يحفر لها في الرجم ويغسل ويكفن ويصلى عليه ش لا يخلو الزاني اما ان
يكون محصنا او غير محصن وتفسير الاحصان يأتيك فاذا كان محصنا فحده الرجم بالحجاره
حتى يموت وقد استغنى عن بيان ذلك بقوله فيغسل ويكفن ويصلى عليه واذا ارادوا اقامه
الحد عليه بدا الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس هكذا فعل علي رضي الله عنه ولانه قد يتجاسر
على ادا الشهاده من لا يقدم على مباشره الرجم تعظيما للنفس فيحمله ذلك على الرجوع عن
الشهاده فيكون في البداءه بالشهود احتياطا في درء الحد وليس كذلك في الجلد لانه ليس
كل احد يحسنه فربما يقع مهلكا وليس الغرض من الجلد الاهلاك فلذلك لا يجب تقديمهم
والرجم مهلك يتساوى فيه الناس وفي تقديمهم فائده امكان الرجوع فيجب واما في

الاقرار فيبدا الامام كذا فعل علي رضي الله عنه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يحفر للغامديه حفيره الى الصدر ورماها واخذ حصاه مثل الحمصه فرماها بها وقال ارموا واتقوا
الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها وقال لقد تابت توبه لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم
ولا ينبغي ان يربط المرجوم ولا يمسك ولا يحفر للرجل لكنه يرجم قائما لانه عليه السلم لم يفعل
بماعز شيئا من ذلك وما روي انه هرب دليل عليه وانما يغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى
الله عليه وسلم في قصه ماعز رضي الله عنه اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم ولانه باذل
نفسه في حق مستحق عليه لا يسقط الغسل كما لو قتل قصاصا ولصلوه النبي عليه السلم على الغامديه
بعد رجمها قال فان امتنع الشهود سقط او غابوا الحكم باقامته وهما ما نظائرهم
اما الاول فلان الامتناع دليل الرجوع عن الشهاده فيسقط الحد واما الثاني فظاهر
الروايه ان الغيبه والموت كالامتناع لفوات الشرط وقال ابو يوسف في الغيبه يقام
الحد لظهور الزنا من المحصن بالحجه الكامله فلا يتوقف ولهما ان اقامه الحد في الزنا
الثابت بالبينه لم يشرع الا مبداه بالشهود لما روينا فوجب التوقف فيقام على الوجه
المشروع وصار كما لو ماتوا قال ويمنع الناس من الحد بقول القاضي ما لم يعاينوا
القاضي امر برجم من قد ثبت زناه واحصانه عنده او بضرب من ثبت زناه محصن عنده ش الامام
وسع الناس الاقدام على ما امر به من غير معاينه الشهاده ولا سبب وجوب الرجم او الجلد
عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد لا يسعهم ذلك ما لم يشاهدوا ادا الشهاده
ويتحققوا سبب الوجوب وقد اخذ فقها ما ورا النهر بقول محمد رحمه الله وقالوا ان
الفساد غالب على قضاه زماننا فلا يؤمنون وعلى الخصوص في الحدود التي تندرئ بالشبهه
ولهما قوله تعالى واطيعوا الله والرسول واولي الامر منكم فوجب الائتمار عند صدور
الامر منهم تحقيقا للطاعه المامور بها وقد فصل بعضهم في ذلك تفصيلا حسنا فقال القضاه
اربعه عالم عادل وهذا واجب الطاعه لان علمه وعدله يمنعانه عن ارتكاب ما ليس بامر شرعي
فيجب الائتمار لامره مطلقا من غير فحص عن سبب الثبوت عنده وعادل جاهل وهذا
يسئل عن كيفيه ثبوت ما ثبت عنده في تلك الواقعه وسبب القضا منها واذا اخبر عما يوافق
الشرع قبل قوله وعمل به وظالم عالم وظالم جاهل وهذان لا يسمع قولهما ولا يلتفت اليهما
لان العلم مع الظلم لا ينفع لانه يستعين به على الظلم واذا اجتمع الجهل والظلم كان
الحال اظهر اولى ويجوز ان يسال العالم عن ثبوت الحكم عنده فان وافق مقتضى علمه عمل به
وان ظهر منه الظلم ترك لانه اذا اهمل مطلقا فقد اهمل ما يجب مراعاته وهو العلم قال

ويجلد الحر مائة جلدة والعبد خمسين ولا يحده المولى بغير إذن الإمام وينزع عنه ثيابه والفرو والحشو عن المرأة ويفرق على أعضائه فأما بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا ويحترز عن الفرج والرأس ويأمر بضربه سوطا لما ذكر حد المحصن أتبع بما يتعلق بغير المحصن وهو إما عبدا وحرا فالحر حده أن يجلد مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وقال في حق الإماء فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولأن الرق منقص للنعمة فيتنصف به العقوبة لأن الجناية مع توفر النعم أفحش فتغليظ الجناية أليق وليس للمولى أن يقيم الحد على عبده إلا بإذن الإمام وقال الشافعي يجوز بغير إذنه لأن ولاية المولى على عبده أكثر من ولاية الإمام فإن له من التصرفات فيه ما ليس للإمام وإذا كانت له الولاية المطلقة جاز له أن يقيم عليه الحد وصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود ولأن الحد حق الله تعالى لأن شرعيته للزجر المؤثر في إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد وإذا كان حق الشرع يعين نائبه في إقامته وهو الإمام ومن ينوب منابه بخلاف التعزير لأنه حق العبد ألا ترى أن الصبي يعزر وإن كان غير مخاطب بحقوق الشرع وأما نزع الثياب عنه فالمراد به غير العورة بدلالة نزع الفرو والحشو عن المرأة لأن بدنها عورة وكشف العورة والفرو والحشو مانع عن وصول الألم الذي هو سبب الانزجار فيجرد عنه وعن علي رضي الله عنه أمر بتجريد المحدود ولأنه أبلغ في إيصال الألم إليه وحد الزنا مبناه على الشدة في الضرب فشرع التجريد ويحفظ عن كشف العورة لأنه حرام وإنما يفرق الضرب على أعضائه تحرزا عن التلف فإنه لو جمع الضرب كله على عضو واحد قد يفضي إليه وشرعية هذا الحد للزجر لا للإتلاف ذكر في المنظومة أنه يخص الظهر بالضرب عند الشافعي وقال في الوجيز ويفرقه على جميع بدنه إلا الوجه والمقاتل فيترك الخلاف فيه وإنما يضرب قائما وهو من الزوائد لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولأن مبنى إقامة الحد على الشهرة والقيام أبلغ فيه ولا يمد الرجل على الأرض مدا كما يفعله الكفار ولا يمد السوط ولا يرفعه الضارب فوق رأسه ولا يمد السوط بعد الضرب لأن ذلك كله غير مستحق فلا يفعل ومعنى قوله لا ثمرة له أن يكسر ما في السوط من الثمرة ويجرد عنها والقدوة في ذلك علي رضي الله عنه فإنه فعل ذلك حين أقام الحد والضرب المتوسط أن يكون بين المبرح وغير المؤلم فإن المبرح مفض إلى الهلاك والثاني لا يفيد ما شرع له الحد وهو الزجر ويحترز عن الوجه والفرج لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولأن اجتناب المقاتل فيما لا يراد فيه التلف والهلاك متعين ولهذا جاز قصد المقتل في الرجم لأن المراد فيه الإتلاف والفرج مقتل والوجه يجمع المحاسن فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وهو إتلاف حكمي وعن أبي يوسف

رحمه الله أنه يضرب الرأس ضربة واحدة وعندهما يجتنب ضربه كما يجتنب ضرب الوجه والفرج وله قول أبي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فإن فيه شيطانا ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ضرب الوجه والمذاكير ولم يذكر الرأس ولهما أن هذا الحد شرع زاجرا لا متلفا والضرب على الرأس قد يفضي إلى التلف ولهذا لا يضرب الرأس فوق السوط الواحد إجماعا والتنصيص على الوجه والمذاكير تنصيص على الرأس لأن الوجه يجمع المحاسن والرأس يجمع الحواس فلما كان المنع من ضرب الوجه والمذاكير معللا بالإفضاء إلى الهلاك صورة أو معنى والعلة شاملة فيعم الحكم وأما حديث أبي بكر فقد نقل أنه في حربي كان من دعاة الكفرة وكان الهلاك مستحقا ويعين الشرط الواحد من الزوائد قال ولا يجمع بين الجلد والرجم ه المحصن لا يجمع في إقامة الحد عليه بين الجلد والرجم لأن الحد شرع زاجرا والزجر يحصل بالرجم الذي هو أقصى العقوبة فخلا الجلد عن فائدة الزجر وليس المراد زجر المحدود لفواته بعد هلاكه ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما قال ولا يجمع بين الجلد والنفي حدا ه إذا وجب جلد البكر فهو تمام حده ولا يجمع عليه بين الجلد والنفي على أنه حد لكن للإمام أن يغربه على قدر ما يرى على وجه التعزير وقال الشافعي يغرب عاما على أنه من الحد لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولنا قوله تعالى فاجلدوا فيوجب أن يكون المذكور كل الحد إما لأنه جزاء على الجناية بحرف الفاء والجزاء اسم للكافي وإما لأنه كل المذكور لأن السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان ولأن في التغريب فتح باب الزنا فلم يجز أن يكون من الحد الذي شرع زاجرا عنه لأن المرأة بها إذا نفيت لم يبق من يستحي منه من عشيرتها فيقوم عليه أو لأنها حالة الغربة لا يمكن لا يتمكن من تحصيل ما تقوم به معاشها فيتخذ زناها مكسبة وهو من أعظم وجوه الزنا ويؤيد ذلك قول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة وأما ما رواه فهو منسوخ بالآية كما نسخ باقيه وهو قوله عليه السلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وبيان ذلك أن الحد في الأصل كان الأذى بالكلام كما قال تعالى فآذوهما ثم نسخ ذلك بالحبس كما قال تعالى فأمسكوهن في البيوت إلى قوله أو يجعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت وهو قوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة فكان ذلك بيانا للسبيل الموعود في الآية وذلك قبل نزول آية النور لقوله خذوا عني ثم نزلت آية الجلد فكانت ناسخة للجميع فاستقر الحكم في غير المحصن والرجم في المحصن وقوله حدا هو موضع الخلاف فإن عندنا يجمع تعزيرا لا حدا وعلى ذلك يحمل ما روي من الحديث المنسوخ وما روي من فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فإن عمر نفى رجلا فلحق بالروم

فقال لا انفي بعدها احدا يدل ذلك انه فعله تعزيرا اذ الحد لا يجوز الاخلال به ولو كان
حدا لما اختلفت فيه الصحابة وقد تقدم قول علي رضي الله عنه ورجوع عمر رضي الله عنه
والامام ان راى ذلك مصلحة فعله لان فيه فايدة حاضرة وهو صاحب السياسة فيمضي
ما تقتضيه المصلحة الحاضرة قال ويرجم المريض ويوخر جلده ش اذا زنى المريض
وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلم يكن المرض مانعا وان زنى وحده الجلد يوخر الى
ان يبرا من مرضه لان الهلاك ليس بمستحق والجلد قد يفضي بالمرض الى الهلاك فكان مانعا
ولهذا لا تقام القطع في غاية الحر والبرد للافضاء الى الهلاك قال وجلد الحامل حتى
تتعالى من نفاسها ورجمها حتى تضع والتاخير الى استغنا الولد لعدم المربي ش وابه اذا زنت الحامل
وحدها الجلد يوخر جلدها حتى تتعالى من نفاسها اي تخرج منه لان ذلك نوع مرض فيوخر الى
زمان البر واذا زنت وحدها الرجم رجمها حتى تضع حملها لان الولد نفس محترمة فلا يجوز اهلاكه يوخر ح
فاذا وضعته جاز الرجم لانفصال المانع منه وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان رجمها يوخر الى ان
يستغني عنها ولدها اذا لم يكن له من يقوم بتربيته لان المانع من رجمها وهي حامل هو حفظ الولد
وذلك موجود بعد وضعها اياه فانه اذا لم يكن له من يقوم بتربيته ادى اهلاك الام الى اضاعه
حفظا له فاذا استغنى عنها زال المانع على الاطلاق وهذه رواية حسنة وفي الحديث انه صلى
الله عليه وسلم قال للغامدية بعدما وضعت ارضعي حتى يستغني ولدك وهذه الرواية
من الزوايد ثم الحامل تحبس حتى تضع ولدها ان كان زناها ثابتا بالبينة تحرزا عن الهرب وان
كان ثابتا بالاقرار لم تحبس لان رجوع المقر في الزنا مقبول فلا يفيد حبسه قال ويشترط
الاسلام في الاحصان يعني ضما الى الحرية والبلوغ والعقل والدخول بزوجته في نكاح صحيح
واحصان الرجم الاحصان الذي هو شرط الرجم ان يكون الزاني حرا عاقلا بالغا قد تزوج
امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهي محصنة حالة الدخول وهذا بالاجماع والاسلام ايضا شرط
عندنا وقال الشافعي ليس بشرط اما العقل والبلوغ فشرطان في توجه التكليف
واهلية العقوبة واما ما عداهما فيشترط لحصول كمال الجناية لتترتب عليه كمال العقوبة
اذ كفران النعمة عند توفرها اغلظ وهذه الاشيا من جلايل النعم وقد نيط الرجم باستجماعها
فيخرج ما عداها من النعم كالشرف والعلم وغير ذلك لعدم ورود الشرع باعتبارها ولا يجوز
نصب الشرع بالراي ولان هذه كلها زواجر عن الزنا لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح
والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة مؤكد اعتقاد الحرمة
فكان زناه مع حصول هذه الزواجر اغلظ في الجناية وللشافعي رحمه الله في عدم اعتبار الاسلام

انه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين قد زنيا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من
اشرك بالله فليس بمحصن ورجمه عليه السلم كان بحكم التورية ثم نسخ والمعتبر في الدخول الا
يلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وقوله وهما محصنان جملة حالية من ضميرها اي وهما على
صفة الاحصان حال الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او
الصبية لم يكن محصنا وكذلك لو كان الزوج عبدا او صبيا او مجنونا او كافرا وهي حرة
مسلمة عاقلة بالغة وانما شرط ذلك ليتكامل النعمة الزاجرة عن الزنا اذ الطبع ينفر عن
صحبة المجنونة والرغبة قليلة في صحبة الصغيرة لقلة رغبتها فيه وكذلك في المملوكة تحرزا
عن رق الولد وكذلك عن الكافرة لان الاختلاف في الدين مانع عن الايتلاف قال
ويحكم به لاسلامها بعده ش قال ابو يوسف رحمه الله اذا تزوج امراة كتابية ودخل
بها ثم اسلمت بعد الدخول يثبت احصانه وقالا لا يثبت احصانه حتى يدخل بها بعد الاسلام
له ان النعمة متكاملة بوطي العاقلة البالغة لتوافر الرغبة من الجانبين ولهما قوله عليه السلم
لحذيفة رضي الله عنه وقد تزوج ذمية دعها فانها لا تحصنك ولان النعمة لا تتكامل مع اختلاف
الدين لحصول نفرة المسلم عن صحبة الكافرة قال واثباته برجل وامراتين ش الاحصان
يثبت بشهادة رجل وامراتين وقال زفر لا يثبت لان الاحصان شرط ثبوت الرجم وان كان
ده حد الزنا يثبت بشهادة شهود الزنا لكن يحصل الرجم بشهود الاحصان فكانت هذه الشهادة
هي التي تجعل الشهادة على الزنا موجبة الرجم فنزل منزلة العلة وشرط المذكورة مراعى في جميع
اسباب العقوبات احتيالا للدرء ولنا ان الاحصان شرط اهلية الزاني لوجوب الرجم
عليه لانه عبارة عن اوصاف جميلة وخصال حميدة فلا اثر لذلك في العقوبة كما اشترط
لثبوته ما شرط لوجوب الرجم لكونه شرطا محضا وليس بشرط العلة الوجوب ولا الامامة
ده الحد ولا للظهور لان علة الوجوب هو الزنا وعلة امامة الحد ظهوره وعلة ظهوره الشهادة
وليس شي من ذلك متوقفا على الاحصان والحكم لا يضاف الى الاهلية فكذا الى شرطها قال
ولو قالوا دخل بها فهي مقبولة كالجماع وخالفه شهود الاحصان اذا قالوا نشهد ان هذا
تزوج امراة مسلمة عاقلة بالغة نكاحا صحيحا ودخل بها ثبت احصانه عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يثبت احصانه ولو شهدوا بالوطي او بالجماع صح اجماعا له ان الدخول
امر محتمل فقد يعبر به عن الوطي وقد يعبر به عن الدخول للزيارة والعيادة ومع الاحتمال
لا يكون لفظ الدخول محصلا للعلم بالوطي ولابي حنيفة ان اللفظ لا يستعمل الا في الوطي فكان
للعلم بالوطي حاصلا به بخلاف الدخول للزيارة والعيادة لانه يقال منها دخل عليها لا بها

وصار كالشهادة على الجماع في المتن حكمه واشارته الى التعليل قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم من اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف والاصل ان ما كان خالص حق الله تعالى في الحدود يبطل بالتقادم لان الشاهد فيها مخير بين ان يشهد على فاعلها وبين ان يستر عليه كل ذلك حسبة لله تعالى فاذا اخر الشهادة لا لكونه بعيدا عن الامام ثم اقدم على ادائها فان كان التاخير لاختياره الستر فالباعث على الاداء حينئذ عداوة او ضغينة يوجب في شهادته تهمة مانعة عن القبول وان كان لا لاختياره الستر كان التاخير اثما فاسقا فلم تقبل ايضا وهذا بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه مطلقا وانما استثنى حد القذف لان فيه حق العبد وهو دفع العار عنه ولهذا لم يصح رجوعه عنه لو اقر به والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان قبول الشهادة في حقوقهم مترتب على تقدم الدعوى فيحمل التاخير على عدم المدعي فلا يكون موجبا للفسق بخلاف حد السرقة لعدم توقف الاداء على المدعي في حق الحبس فيكون موجبا للتهمة فان الدعوى فيه شرط في المال واما في حد القذف فلا تقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوقهم لا تقبل الشهادة وفي حق الحبس كما في القصاص ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع اقامة الحد بعد القضاء قبل الامضاء لكون الامضاء من القضاء في باب الحدود لان المقصود من القضاء في حقوق العباد اعانة العاجز وفي حقوق الله تعالى لا حاجة لا غير لتعاليه سبحانه عن العجز والاعانة فكان الامضاء فيها من القضاء وهذا كما اذا ضرب بعض الحد فهرب ثم اخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه بقية الحد خلافا لزفر والقياس ان يقام لان التاخير بعد الهرب فلم يكن قادحا في الشهادة والاول هو الاستحسان لان العارض في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الاقامة كالمقترن بالشهادة بدليل عمى الشهود وردتهم واختلف في حد التقادم ففي الجامع الصغير اشار الى ستة اشهر بقوله بعد حين وكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رضي الله عنه فوض ذلك الى راي الامام في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح هذا اذا لم يكن بين الشهود وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع عن اقامة الشهادة بعدهم عن الامام ولهذا اختير في المتن فقال لا لبعدهم فلم يتحقق الشبهة حينئذ والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة كما ياتي ان شاء الله تعالى قال ويحدون لنقصان عددهم لانهم قذفة فانه لا حسبة عند نقصانهم وصورة هذه الشهادة قذف الا انها خرجت عن القذف الى الشهادة موقوف على كمال

العدد قال ولو حد فظهر احدهم عبدا حدوا اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فجلد بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة فان الشهود ثلثة قال وارش الضرب الجارح هدر وان وجب ففي بيت المال اذا وجد احد الشهود عبدا او محدودا في قذف بعد ان جلد بشهادتهم وجرحته السياط لم يجب ارش الضرب على احد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجب الارش في بيت المال ولو رجع احدهم لم يجب الارش عليه وقالا يجب عليه وعلى هذا الخلاف لو مات من الجلد وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون وقالا يضمنون ومعرفة الارش ان يقوم المحدود عبدا سليما عن هذا الاثر ويقوم ومعه هذا الاثر وينظر ما ينقص به القيمة فينقص من الدية مثله لهما ان الجرح يضاف الى شهادتهم لانهم اثبتوا الجلد والاحتراز عن وقوع الجرح غير ممكن فكانوا شاهدين بالجلد بنوعيه ويتداعى الراجع بانه جارح في الشهادة الى تعقيب الجرح فيضمن اما العبد فلا يضمن لعدم اعتراضه الجناية لجواز كونه عدلا الا ان القاضي اخطا في القضاء بشهادته فيجب الضمان على من وقع القضاء له وهم العامة فيجب في بيت المال كما في الرجم والقصاص وله ان الجرح ليس مضافا الى الشهادة لان الشهادة اثبتت الحد وهو ضرب مولم غير جارح وانما الجرح بفعل الضارب او لرقة بشرة المضروب فلا يضمنه احد اما غير الضارب فلعدم الاضافة اليه واما الضارب فالقياس ان يجب الضمان عليه لكن ذلك يستلزم الامتناع عن اقامة الحدود مخافة وجوب الضمان فلم يجب مطلقا قال ولو رجعوا بعد الرجم حدوا وغرموا الدية ولا يقتلون اذا شهد اربعة على رجل محصن بالزنا فرجم ثم رجعوا عن شهادتهم يعزرون الدية ويحدون حد القذف وقال زفر لا يحدون وقال الشافعي يقتلون لانهم اقروا بوجود القتل منهم تسبيبا فنزلوا منزلة المكره ولزفر انهم ان كانوا قذفة فقد بطل بالموت وان كانوا قذفة ميت فهو مرجوم بقضاء القاضي فيورث شبهة في احصانه دارئة للحد عنهم ولنا في ضمانهم وعدم قتلهم انهم ليسوا مباشرين ولا متسببين اما المباشرة فظاهر واما التسبيب فلان الحكم انما يضاف الى السبب اذا لم يكن اضافته الى العلة وقد تخللت ههنا وسايط من القضاء ورجم الناس اياه باختيارهم والقاضي لا يصلح آلة للشهود وكذا الناس لعدم وجوب الطاعة منهم كالموجود من الشهود بخلاف المكره فانه يصلح آلة للمكره ولان الظاهر ان المكره يختار نفسه على من اكره على قتله فكان فعل المكره مضيفا الى الهلاك ظاهرا فكان تسبيبا له فلزمه القصاص وما قررناه من تخلل الواسطة يمنع ايجاب المال ايضا

الا ان القاضي يلجأ به الى القضا شرعًا وان كان مختارًا فيه حقيقة لما كان المنية وكذا الناس فقلنا بعدمه وجوب القتل مع ايجاب المال عملا بهما فان القتل لا يجب بدليل فيه شبهه والمال تجب لكونه اقل خطرًا من النفس ولنا في ايجاب الحدان شهادتهم انقلبت الان قذفا بالرجوع وهذا لان هذه الشهادة قذف في الاصل لانه نسبه المشهود عليه الى الزنا وانما يخرج عن كونها قذفا لاتصال القضا بها لان الشهادة للاظهار وقبل القضا وان كان ظاهرا عند القاضي لكنه ليس بظاهر عند الناس كانه الا ترى انه لا يجب عليهم اعانة المدعي قبل القضاء فلذلك علي ان كمال الاظهار عند اتصال الحكم بالشهادة فاذا انفسخت الشهادة بالرجوع انفسخ ما كان مبنيا عليها وهو القضا في حقهم فانقلبت تلك الشهادة قذفا في الحال للميت وقد انفسخ القضا المورث للشبهه في حقهم بخلاف ما لو قذفه غيرهم حيث لا يحد لان المقذوف غير محصن في حق غير الشهود لقيام القضا في حق غيرهم لان انفساخ الشهادة والقضا بسبب رجوعهم يختص بهم فلا يكون حجه على غيرهم قال اولا حدهم قبل الامضا حده وحده وعمما ه قال ابو حنيفه وابو يوسف اذا شهد اربعه بالزنا على رجل فقضى القاضي بوجوب الحد ثم رجع احدهم قبل اقامه الحد حدوا جميعا حد القذف وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد حد الراجع وحده ولان الشهادة تاكدت بالقضا فلم تنفسخ الا في حق الراجع كما لو رجع بعد الامضاء وانما سقط الحد عن المشهود عليه للشبهه ولهما ان الامضاء في الحدود من القضا لان القضا هو الاحكام والتبليغ الى درجه لا تقبل الزيادة ومنه قولهم وعليهما مسرودتان قضاهما داود وصنع السوابغ تبع اي احكمهما داود ونسجها واما تبليغ حكم القاضي درجه لا تتصور الزياده عليها بالامضاء فكان الرجوع قبل الامضا كالرجوع قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه وصار هذا كما لو اعترضت اسباب مانعه عن الشهادة بعد القضاء قبل الامضاء في الشهود مثل الرده والعمى لان القاضي لا يمكنه اقامه الحد الا عند كمال الحجه وانها تعدم بالرجوع كما تعدم برده احدهم وعماه قال ولو شهدوا انه زنا بعمرة واخرون انه زنى بفلانة ثم رجعوا ضمنوا ومنع من حد جميعهم اذا شهد اربعه على رجل محصن انه زنا بعمره واربعه اخرى انه زنا بعمره فحكم بالحد ورجم ثم رجعوا جميعا وضمنوا ديته قال ابو حنيفه وابو يوسف يحدون حد القذف وقال محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق لا يصح في حق الفريق الاخر في ايجاب حد القذف عليهم لجواز كذب كل فريق في الرجوع لان من الفريقين يثبت زنا غير ما اثبته الفريق الاخر صورة ان الزنا بعمرة غير الزنا بزينب فيجعل كل فريق في حق الاخر كانهم

ثابتون على الشهادة في حكم سقوط احصانه الا ترى ان شهود الزنا لو رجعوا بعد الرجم وقد قذفه اخر غيرهم لم يجب الحد عليهم ويجعل الشهادة قائمة في حقه وهذا المعنى شبهه يدرا بها الحد عنهم ولا يسقط بها ضمان المحل لانه يؤدي الى اهدار الدم ولهما ان شهادة الفريقين عليه بما شهدا به كشهادتهما عليه بزنا واحد لان المقصود من الشهادة اقامه الحد وانما يقام حد واحد الا ترى ان شهادتهما نزلت منزله الشهادة على زنا واحد في حكم الضمان حتى لو رجع من كل فريق اثنان لم يجب الضمان لبقاء نصاب الشهادة بقاء اربع شهود ولو قيام الشهادتين مقام الشهادة بزنا واحد لضمنوا لان الباقي في كل فريق ليس بنصاب كامل فلا تقوم به الحجه وصار ذلك كثمانيه شهدوا بزنا واحد فرجم ثم رجعوا فانهم يحدون وان الشرع بايجاب الضمان عليهم حكم في حقهم بانه محصن قتلوه ظلما باسيهم الباطل فعند ان لا يحدوا جميعا وقد اعترفوا بعفته وقد قذفوه قال ومعناه لاختلافهم في مكانه كما سمعه عنهم يوسفه اذا شهدوا ربعه على رجل بالزنا واختلفوا في مكان الزنا فردت شهادتهم لا يحدون حد القذف وقال زفر يحدون لما مر ان الشهادة بالزنا قذف في الاصل وانما تخرج عن القذف باتصال القضا بها فاذا لم يتصل كانت قذفا موجبا للحد ولنا ان شرط وجوب حد القذف ان لا ياتوا في شهادة الربع على زنا المقذوف لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعه شهدا وقد فات بسبب توافقهم على اصل الزنا دون وصفه الذي لم يتم عليه نصاب الشهادة فهو كامل بالنسبه الى الاصل غير كامل النسبه الى الوصف فاورث ذلك شبهه دارئه للحد كما لو شهد اربعه بالزنا وهم فساق وقد نبه في المتن بهذا القياس على التعليل مع بيان خلاف الشافعي في المقيس عليه فعنده ان الشهود الزنا اذا كانوا فسقه يحدون حد القذف لانهم قذفوه ولم ياتوا باربعه شهدا لانه لا شهادة للفاسق عنده وعندنا لا يحدون لان الفاسق من اهل التحمل والادا وان كان في ادايه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته نفذ عندنا فثبت بشهادتهم شبهه الزنا فيسقط احصان المشهود عليه وباعتبار قصور في الادا لتهمه الفسق يثبت شبهه عدم الزنا فيمتنع الحدان جميعا قال ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا او احدهم عبيدا فالضمان على المزكين ان يحدوا عليهم وقالا في بيت المال ه قال ابو حنيفه اذا شهد اربعه على رجل بالزنا فزكاهم المزكون فرجم ثم ظهر ان الشهود عبيد او مجوس او احدهم عبد او مجوسي فالديه على المزكين ان كانوا تعمدوا التزكيه مع علمهم بحالهم وان قالوا اخطانا في تزكيتهم فلا ضمان عليهم وهذا الشرط من الزوايد وهو الصحيح وقالا الديه في بيت المال لانهم

اثنوا على الشهود خيرًا فلا يضمنون كما لو اثنوا على المشهود عليه ان شهد بالاحصان
ثم رجعوا وله ان التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان
لانه شرط محض وهذا لان العلة عبارة عما له اثر في الحكم والشرط محض العلامة والاحصان
عبارة عن صفات حميدة وتلك صالحة للمنع من الزنا ولا اثر لها في الافضاء اليه فكان شرطا
والتزكية لها اثر في رجحان جانب صدق الشهود والبينة انما تصير حجة برجحان جانب
الصدق فيها فالتزكية هي التي جعلت الشهادة علة فكانت علة العلة وههنا لم يضف رجمه الى
فعل الناس لانه بامر القاضي ولا الى القاضي لانه بامر الشرع ولا يضاف الى الشهود بالاجماع
لمكان ثناء هولاء عليهم فتعينت الاضافة الى المزكين وانما شرط تعمد التزكية مع العلم
بحالهم لان هذا الضمان ضمان تسبيب فيعتمد صفة التعدي فلا بد من اعترافهم به
واما في الخطا فلا ضمان عليهم اجماعا لانهم نواب القاضي والقاضي اذا اخطا
لا ضمان عليه فكذا نائبه اما عندهما فلانهم لا يضمنون اذا تعمدوا التزكية ففيما اذا
اخطأوا اولى لانهم بمنزلة شهود الشرط فلا يضمنون بحال واما عند ابي حنيفة فلان
الضمان لا مرارهم التعدي في تزكية من ليس بعدل وهو منتف ههنا ويجب الدية في بيت
المال اتفاقًا ههنا لان خطأ المزكين كخطأ القاضي وخطؤه موجب للضمان على من وقع
قضاؤه له وهم العامة فيجب في مالهم وهو بيت المال قال ولو رجع المزكون عزروا
وعليهم الضمان ه قال ابو حنيفة اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم ثم رجع المزكون
عن التزكية يعزرون ويجب عليهم الدية وسياق الكلام دل على ان رجوع المزكين بعد رجم
المشهود عليه فلم يحتج الى التقييد به وقالا لا يعزرون ولا يجب عليهم ضمانه لانهم بمنزلة
شهود الشرط وله انهم بمنزلة علة العلة وهذا ايضا لو قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا
بحالهم كما مر وانما صح ان الدية ههنا لا تجب في بيت المال بخلاف ما اذا ظهر احد الشهود
عبدًا او كافرًا لانا تيقنا بخطأ القاضي في قضائه حيث بناه على شهادة المجوسي او العبد
فكان الضمان واجبا على من وقع له القضا وههنا لم نتيقن بذلك لجواز كذبهم في الرجوع
قال ولو شهدوا به فشهد اخرون به على الشهود فالحد عنه واجب مطلقا وقالا
يحد الاولون رجل شهد عليه اربع رجال انه زنا بامراة ثم شهد اربعة اخرون على الشهود
انفسهم بالزنا بها لم يحد المشهود عليه ولا احد من الشهود عند ابي حنيفة وقالا لا يحد
المشهود عليه ويحد الشهود الاولون لانهم محكومون بشهادة الاخرين العدول
عليهم بالزنا فسقط عن المشهود عليه لمكان الشبهة ووجب الحد على الشهود لوجود المقتضي

وانتفا المانع وله ان المانع ثابت في حق الشهود من اقامة الحد عليهم وهو الشبهة فان
الشهود الاخرين اثبتوا ان الزنا الذي يشهد به الاولون هو الذي تحقق من الشهود لا
من المشهود عليه والزنا المنسوب الى المشهود عليه ثابت من وجه لان الشهود وان كانوا
فسقة الا ان شهادة فسقهم شهادة والقضا بها نافذ واذا ثبت من المشهود عليه من وجه انتفى
تحققه من الشهود من وجه فثبتت الشبهة المانعة من الحد في حقهم كما ثبتت في حق
المشهود عليه قال وشهادتهم مع اختلافهم في طوعها مردودة وقالا يحد الرجل
رجلان شهدا على زيد انه زنا بعمرة وهي مستكرهة واخران شهدا عليه بانه زنى بها وهي طائعة
قال ابو حنيفة لا يحد احد وقالا يحد الرجل لاجتماع شهادة الاربع عليه بانه زاني طائع في
زناه فيحد دونها وله ان الشهادة مختلفة في حقه فان الزنا بها وهي طائعة غير الزنا بها
وهي مستكرهة ولم يتم نصاب الشهادة على احدهما فلا يثبت واحد منهما ولم يثبت القدر
المشترك ايضا لاستحالة وجوده مخصصا الا في احد هذين ضمنا فلم يثبت زناه اصلا ولا يقال
نوجب ان يحد الشهود لانهم قذفوه لان كل اثنين قذفاه بنوع لانا نقول فات شرط وجوبه
وهو عدم الاتيان باربعة شهود وهولاء توافقوا على تحقق نسبة الزنا منه فقامت الشبهة الدارئة
للحد عنهم بتوافقهم على وجوده صورة ولم يثبت وجوده حقيقة لان تحققه يستلزم تحقق
احد هذين النوعين ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة فلم يثبت واحد منهما ولا القدر
المشترك بينهما لاستحالة ثبوته في الخارج الا في ضمن احدهما قال والزانية مع انكارها
عن موجب اذا اقر الرجل انه زنا بهذه اربع مرات في اربع مجالس من مجالس المقر فقالت
ما زنى بي لم يحد عند ابي حنيفة وقالا يجب الحد عليه دونها لان اقراره معتبر في حق نفسه
وانكارها معتبر في حق نفسها وعدم وجوبه عليها لا يورث شبهة في حقه كما اذا اقر بالزنا
بغائبة وكما لو قالت الحاضرة استكرهني وكما لو صدقته بخلاف ما لو قالت تزوجني
حيث لا يحد الا ان النكاح اذا تحقق وجد من الجانبين وكذا شبهته واخبارها بوجوده دليل
على وجوده وان تخلف المدلول فقد اورث شبهة وههنا هي منكرة للزنا فثبت دليل عدمه
والعدم لا يورث شبهة وله انها لما انكرت لم يثبت محلية الزنا ووجود الفعل في غير
محله باطل فاورث انتفا المحلية شبهة في حقه بخلاف ما لو قال سرقت انا وفلان فانكر
فلان لان انتفا محل السرقة في حق المقر وهو المال وبخلاف ما استشهدا به اما الغائبة فان
الثابت شبهة الشبهة لجواز الانكار والاعتراف وههنا الشبهة قائمة والمعتبر في الحدود
الشبهة لا شبهتها واما قولها استكرهني ففيه تصديق وزيادة نسبة كل الفعل اليه

وأما ضد بقيها فلا نتفاء الشبهة في حقه بعدما أقر أربع مرات وثبوتها في حقها حيث
لم يقر أربعا ولو أقرت هي أربع مرات أن فلانا زنا بها فأنكر فالخلاف على هذا لا يحد أن
عنده وتحد المرأة عندهما قال ولا تحد إذا طاوعت صبيا أو مجنونا ش العاقلة
البالغة إذا طاوعت صبيا مراهقا أو مجنونا في الوطء الخالي عن الملك وشبهته لا يجب
عليها الحد وقال الشافعي يجب لأن الزنا الموجب للحد وجد منها بالتمكين من الوطء
الخالي عن الملك فشبهته فلزمها الحد كما لو طاوعت بالغا عاقلا وكالرجل يزني بصبية
مراهقة أو مجنونة ولنا أن الزنا حقيقة هو فعله وزناها تمكينها الحرام من الوطء
الحرام الذي هو الزنى ولم يوجد منها لأن التمكين الحرام وإن وجد لكن من
الوطء الحرام لم يوجد لعدم اتصاف فعل الصبي والمجنون بالحرمة بخلاف ما إذا طاوعت
بالغا عاقلا لتمام الموجب للحد منها وبخلاف وطء الرجل صغيرة أو مجنونة لوجود الزنا
منه حقيقة قال ولا إذا زنا في دار الحرب ثم خرج إلينا ش إذا زنا في
دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي يقام عليه
الحد وقد أهمل الخلاف في المسألة لعطفها على ما سابقها والخلاف من الزوائد
منقول في الهداية له أنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان ولنا قوله
عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولأن فائدة إقامة الحد حصول الانزجار
وولاية الإمام عن دار الحرب منقطعة فيعرى الوجوب عن فائدة ما شرع له وإذا
سقط الوجوب عنه في دار الحرب لم يقم عليه في دار الإسلام لأن الزنا لم ينعقد
في دار الحرب موجبا فلا ينقلب بالانتقال منها موجبا قال ونحكم بحد المستأمن
إلا في الخمر وعكسنا إلا في القذف ش قال أبو حنيفة ومحمد لا يقام شيء من الحدود
على الحربي المستأمن والمستأمنة إلا حد القذف وقال أبو يوسف يقام عليه جميع
الحدود إلا حد شرب الخمر لأن المستأمن ملتزم لأحكامنا ما دام في دارنا وحد الزنا
من أحكام الإسلام وهو يعتقد حرمته فيقام عليه كحد القذف لاعتقاده حرمته بخلاف
حد الشرب لعدم اعتقاده حرمته وصار كالذمي في استيفاء هذا الحد ولهما أن المستأمن
لم يدخل دارنا ملتزما لأحكامنا بل لقضاء حوائجه مع العود إلى داره فلا يقام عليه أحكام
الإسلام لعدم الالتزام وإنما يقام حد القذف لأنه التزم أن لا يؤذي أحدا من أهل
دارنا فإذا قذف مسلما فقد آذاه فيترتب عليه مقتضاه بخلاف الذمي لالتزامه أحكام
الإسلام إلا ما استثني في عقدهم قال ولو زنى مسلم بمستأمنة حدها وحصاه به

إذا زنى مسلم أو ذمي بامرأة مستأمنة قال أبو حنيفة ومحمد يحد المؤمن والذمي خاصة وقال
أبو يوسف يحدان جميعا والحجة ما تقدم قال أو مستأمن بمسلمة يحدها والإمام يخصها
به ومنعه ش قال أبو حنيفة ومحمد إذا زنا مستأمن بمسلمة أو بذمية لا يحد المستأمن
خلافا لأبي يوسف لما تقدم وهل تحد المسلمة أو الذمية قال أبو حنيفة وهو المراد بالإمام في المتن
وفيه تورية بالإمام الذي يقيم الحد عليها خاصة وقال محمد لا تحد المسلمة أيضا لأن فعل الرجل في
الزنا أصل وهي تبع فإذا لم يجب الحد على من فعله فبالأولى أن يمتنع على من هو تابع وصار كتمكينها
من صبي أو مجنون وله أن ما وجد منها حقيقة الزنا لأنه منها التمكين الحرام من الوطء الحرام وزنا
المستأمن حرام لأنه محرم الأديان كلها بخلاف التمكين من الصبي والمجنون فإن فعلهما لا يوصف
بالحرمة قال ولا يجب على واطئ جارية ولده وإن سفل مع العلم بالحرمة ونفيناه عنه في
جارية أصوله مع ظن الحل كجارية زوجته وسيده ومعتدته عن ثلث ويجب العلم بالحرمة
وفي جارية الأخ والعم مطلقا ش الأصل في هذا قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود
بالشبهات ما استطعتم وهذان نوعان من الشبهة الأولى الشبهة في الفعل وهي شبهة
الاشتباه والأخرى شبهة في المحل وهي الشبهة الحكمية وشبهة الاشتباه لا بد فيها من الظن
لأن معناها أن يظن غير الدليل دليلا والشبهة الحكمية لا تتوقف على الظن لتحقق قيام الدليل
النافي للحرمة في ذاته والنسب مع هذه الشبهة عند الدعوة لعدم تمحضه زنا لقيام الدليل
النافي للحرمة ولا يثبت مع شبهة الاشتباه لتمحضه زنا وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو
اشتباه الحال عليه فشبهة الاشتباه فهو أن يطأ جارية أبيه أو أمه أو زوجته أو يطأ معتدته
عن طلاق ثلث أو بائنا بالطلاق على مال في العدة أو يطأ أم ولد أعتقها مولاها وهي في
العدة أو يطأ العبد جارية سيده أو المرتهن الجارية المرهونة في إحدى الروايتين
وهو الأصح ففي هذه المواضع إذا قال ظننت أنها تحل لي وطيته لا يحد وإن قال علمت الحرمة
يجب الحد لأنه ظن أن الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله أو له نوع حق في المحل بقا العدة
فظن أن ذلك مما يبيح وطيها فكان ظنه مستندا إلى دليل فكان شبهة في درء الحد إذ الشبهة
عبارة عن قيام الدليل مع تخلف المدلول أو ما يشبه الثابت لا عين الثابت إذا ظن الحل
فقد ظن غير الدليل دليلا فاعتبر ظنه شبهة إذا لم يدع ظن الحل وقال علمت الحرمة انتفت
الشبهة وأما الشبهة في المحل فهو أن يطأ جارية ابنه أو مطلقته البائن بالكناية أو يطأ
البائع الجارية المبيعة قبل التسليم أو يطأ الزوج الجارية الممهورة قبل القبض أو يطأ الشريك
الجارية المشتركة أو المرتهن الجارية المرهونة في إحدى الروايتين وهي رواية كتاب الرهن ففي هذه

المواضع لا يجب الحد مع العلم بقيام الحرمة لقيام الشبهة في المحل سواء علم او لم يعلم اما
في جارية الولد فقوله عليه السلام انت ومالك لابيك واما البائن بالكناية فلموضع الاختلاف
في الكنايات واما الجارية المبيعة والممهورة فلبقاء ملك اليد فيهما واما المشتركة فلقيام
حقيقة الملك في البعض واما المرهونة فلقيام يد الاستيفاء فكان الوطء وقع في المحل المعني قوله
في الكتاب ولا يجب على واطئ جارية ولده وان قال علمت انها علي حرام نوع من فروع الشبهة في
المحل وقوله الغيناه عنه اي نفينا الحد عن واطئ جارية اصوله اي ابيه وجده وان علا وامه وجدته
نوع من فروع شبهة الاشتباه عندنا ولذلك اعتبر فيه الظن فان قال ظننت انها تحل لم يحد لقيام
الشبهة وان قال علمت الحرمة حد لانتفاء الشبهة وفي هذه المسئلة خلاف زفر فانه يقول يحد مطلقا
لقيام المقتضي وهو الوطء في المحل الخالي عن الملك وشبهته والاعتبار بالظن الفاسد في
اسقاط ما وجب بوطئه كما لو وطئ امة اخيه وقال ظننت الحل ولنا ان المقتضي عارضه المانع
وهو دعوى الاشتباه في موضعه لان بين الاصول والفروع انبساطا فان الولد ينتفع بمال الوالد نن
كما ينتفع الوالد بمال الولد وان انبساطه في جواز الاستمتاع بجاريتها من جواز الانبساط في الانتفاع
بسائر اموالها فكانت شبهة في موضع الاشتباه فانتهضت دارئة للحد بخلاف جارية الاخ
والعم لتباينهما في اليد والملك والانتفاع الا ترى ان شهادة احدهما للآخر مقبولة وفي الاولى
لا تقبل فكانت جاريتها ملحقة بجارية الاجنبي فلم يكن الاشتباه في موضعه وقاس في المتن
هذه الصورة على جارية الزوجة وجارية السيد في حق العبد بسببها على الحلم منها والمعده
من الزوائد واما جارية الاخ والعم فوطيها يوجب الحد مطلقا سواء قال علمت الحرمة
او ظننت الحل لما سنا ولا حد في وطء من زفت اليه غير امرأته فاخبر انها امرأته ويجب المهر
بذلك قضى عمر رضي الله عنه ولانه اعتمد دليلا في موضع الاشتباه وهو اخبار النساء انها
زوجته لان الانسان لا يعرف اول وهلة بين زوجته وغيرها الا بالاخبار نصا ذكره المعروف ولا يحد
قاذفه لعدم الملك حقيقة قال ولو وجد امرأة على فراشه فوطيها حد لعدم الاشتباه
مع طول الصحبة فلم يكن هذا الظن مستندا الى دليل فلغا وكذا اذا كان اعمى لامكان التمييز
بالسؤال الا ان ينادي بها فتجيبه غيرها وتقول انا فواقعها لانه اعتمد على الاخبار وهو دليل
في حقه قال ومن وطئ محرمة بعد العقد والعالم والمستاجرة للزنا واللائط ومن اتى
امرأة في الموضع المكروه يعزرون وقالا يحدون ح هذه اربع مسائل اما الاولى
قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا تزوج من لا يحل له نكاحها من محارمه كاخته وهو عالم بانها
اخته فوطيها بعد العقد عليها يوجع ضربا وعقوبة ولا حد عليه وقالا عليه الحد لبطلان

هذا العقد لمصادفته غير محل فان المحارم قد خرجن شرعا عن محلية النكاح لاستلزام
الحل تصور ثبوت الحل ولا ثبوت في المحارم فلا محلية فجرى وجود هذا العقد مجرى عدمه
فلم يفد شبهة ثبت في محل تصور الحقيقة فيه لانها عبارة عما ثبت من وجه دون وجه
ولا تصور للحقيقة في المحل مطلقا فلا شبهة فكان وطيا في محل خال عن الحل وعن شبهته
فاوجب الحد كمن وطئ اخته من الرضاع بملك اليمين وله ان محلية النكاح في حق الاجانب وان
لم تكن محلا للنكاح صح لمعنى اقتضى ذلك فثبت حينئذ المحلية حيث ترتب على ذلك صلاحية
موجبها وثبت شبهتها حيث لا ترتب عليها موجبها لان الدليل اذا تخلف عنه مدلوله ثبت
شبهة المدلول كمن زفت اليه غير امرأته وقلن النساء انها زوجتك فوطيها فانه لا حد
عليه لان قولهن دليل النكاح الذي هو سبب الحل وكونها غير امرأته عارض هذا الدليل
فامتنع ثبوت مدلوله وثبت شبهة السببية الدارئة للحد فكذا اذا عارض دليل المحلية
معارض فامتنعت حقيقة المحلية ثبت شبهتها فنزلت اضافة حقيقة الركن الى المحل شبهة
منزلة اضافة شبهة الركن الى المحل حقيقة فتورث ذلك شبهة في الحكم اذ الحكم لا يستحيل
ثبوته بكون تمام المحل يستحيل بدون تمام السبب وتخلف المدلول في السبب اورث شبهة
فكذلك تخلف المدلول في المحل يورث الشبهة والصحيح من قول ابي حنيفة فيما اذا اشترى اخته
من الرضاع ووطيها عدم وجوب الحد كما لو وطئ امته المجوسية وانما وجب التعزير لانه ارتكب
جرمه ليس فيها شيء مقدر تعزر والمسئلة الثانية اذا استاجر امرأة ليزني بها وزنى بها يعزر
ولا حد عليه وقالا والشافعي يحد لانه واطئ في محل لا حل له ولا شبهة الحل اما الحل فظاهر
واما شبهته فلانها تثبت في محل الحقيقة عند تخلف الحقيقة عن سببها والمعقود
عليه ههنا ليس بمحل للاجارة اذ المحلية انما تثبت بالشرع لان الاجارة عقد على المنافع بعوض
والمستوفى ههنا بالوطء في معنى جزء العين الا ترى ان التأبيد شرط في النكاح كبيع العين ومحل
الاجارة في الشرع محض المنفعة ولهذا كان التوقيت من شرطها فاذا انتفت المحلية انتفى ثبوت
حكمها في المعقود عليه فلم يتصور ثبوت حل المحلية بالاجارة فلا تثبت شبهته لاستلزام
ثبوتها تصور ثبوت الحقيقة قصدا كاللواط فعل الاجارة وله ان المستوفى بالوطء منفعة
حقيقة الا انه اقامه مقام جزء من العين لانه لخطر البضع وشرف الآدمية فاعتبار الحقيقة
يقتضي قيام المحل فاذا تخلف المدلول عنه اورث شبهة دارئة للحد ولهذا اطلق في الشرع
اسم الاجور على المهور كما نطق به التنزيل وقد روي ان امرأة استسقت راعيا لبنا فابى
ان يسقيها حتى تمكنه من نفسها ففعلت ثم رفع الامر الى عمر رضي الله عنه فدرأ عنهما الحد وقال ذلك

مهرها وضمان كالمتعة المسألة الثالثة اللائط يعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع السجن
وقالا يحد حد الزنا وهو احد قولي الشافعي وفي قول يقتل بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا
الفاعل والمفعول وروي فارجموا الاعلى والاسفل ولهما ان اللواط يلحقه بالزنا لانه كهو
في المعنى الداعي اليه من حيث كون المحل مشتهى ووقوع الفعل منه جناية كاملة فيوجب الالحاق
بايجاب الحد اعداما او تقليلا وله انها قاصرة عن الزنا في المعنى الداعي الى شرعية الحد فيه
فامتنع الالحاق وهذا لان غلبة وجود الزنا باعتبار ميل الطبع من الجانبين دعت الى شرعية
الحد اعداما للزنا او تقليلا له ولم يوجد هذا المعنى في اللواط لدعاء الطبع في الفاعل دون
المفعول به عند سلامة الطبع وباعتبار اخر وهو ان الزنا افساد النسل وتضييعه وافساد
فراش الناس فكان يحيل العقوبة لاعدام هذه المفسدة او تقليلها وليس في اللواط شي
من هذه المعاني فامتنع الالحاق فوجب التوسل الى الاعدام بالتعزير والحبس وقد اختلفت
الصحابة في ذلك فعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه احرق بالنار وعن علي رضي الله عنه
يحدان حد الزنا وعن بعضهم يحبسان في انتن موضع حتى يموتا وعن بعضهم يهدم عليهما
جدار وعن ابن عباس رضي الله عنه ينكسان من مكان مرتفع وفوض ابو حنيفة رضي الله عنه
التعزير فيه الى راي الامام وما رواه محمول على السياسة او على الاستحلال المسألة الرابعة
اذا اتى امراة في الموضع المكروه فحكمه حكم اللائط والاختلاف واحد والتعليل من الجانبين
قد مر قال ومن وطي بهيمة فما دون الفرج او اتى بهيمة عزر اما الاول فلانه امر
منكر وليس فيه حد مقدر فيجب ان يعزر واما الثاني فلانه ليس في معنى الزنا لنفرة
الطبع السليم عنه فلا يكون جناية كاملة فان الحامل عليه اما شدة الشبق او فرط السفه فلم
يحد الحد لكنه يعزر لما بينا وما يروى ان البهيمة تذبح وتحرق فليس بواجب وانما يؤمر
به ليقطع الحديث فيه قال او صغيرة مشتهاة بشبهة او كبيرة مستكرهة فافضاها
فوجبت الدية اوجب العقر اضا ه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله اذا وطي صغيرة
مشتهاة او كبيرة غير مطاوعة بشبهة فافضاها اي جعلها مفضاة لا تستمسك البول وجب
لذلك الدية لتفويت هذه المنفعة فانه لا يجب العقر وقال محمد يجب واحترز بالاكراه في الكبيرة
عما اذا طاوعته فافضاها فانه لا يجب عليه شي ولو طاوعت الصغيرة ضمن كل الدية بالافضاء
ان لم تستمسك البول وثلثها ان استمسكت لان رضاها غير معتبر واحترز بالمشتهاة في الصغيرة
عما اذا كانت صغيرة لا تشتهى فان الحكم فيها بدون دعوى شبهة كالحكم في الصغيرة
المشتهاة بدعوى الشبهة وهذه القيود زوائد له ان الحد يجب عند عدم الشبهة وكمال

الدية بالافضاء ووجوب احدهما لا يمنع من وجوب الاخر لاختلاف السبب فاذا اسقط
الحد بالشبهة وجب العقر بالوطء لان الوطء الحرام يوجب العقوبة او الغرامة فقد
انتفت العقوبة للشبهة فوجبت الغرامة ووجوب الدية بالافضاء لا يمنع العقر لاختلاف
السبب فان سبب وجوب العقر الوطء والمستوفى به هو المملوك بعقد النكاح وسبب
الدية الافضاء وهو لا يستوفى بعقد النكاح فلا يكونان جميعا في مقابلة شي واحد ولهذا
يجب العقر كاملا مع وجوب ثلث الدية بالافضاء مع استمساك البول ولا يدخل احدهما
في الاخر كذا هذا ولهما ان العقر بدل المستوفى بالوطء والمستوفى به بمنزلة جزء العين
وقد وجب كمال بدل العضو وهو الدية بتفويت منفعة المختصة به فيدخل فيه بدل جزئه
كما لو شج رجلا موضحة فذهب عقله فانه يدخل ارش الموضحة في الدية بخلاف ما اذا لم يستمسك
البول لان الواجب في مقابلة الافضاء وهو ضمان الجائفة لا ضمان العضو فلم يتكرر الموجب
عن عضو واحد وههنا لما وجب ضمان العضو كاملا فلو وجب العقر لتكرر الموجب
عن شي واحد قال ولا يجمع العقر مع الحد في المستكرهة ه رجل استكره امراة
على الزنا فزنا بها فوجب عليه الحد دونها لا يجب عليه العقر لها وقال الشافعي يجب
العقر لانه عوض عن المستوفى بالوطء بغير رضاها وهو بمنزلة جزء العين والحد في مقابلة
الفعل فلم يمنع احدهما الاخر كاتلاف صيد مملوك في الحرم بخلاف الطائعة لان الاستيفاء
برضاها ولنا ان للوطء اتلاف لمنافع بضعها حقيقة وهي غير مضمونة عندنا وانما
اوجبنا ضمانا بالاتفاق بايجاب العقر عند سقوط الحد اظهارا لشرف المحل وخطر
الابضاع لئلا يكون التعرض بها خاليا عن غرامة مالية او عقوبة بدنية وههنا لما
وجب الحد فقد وجد احدهما قال ويسقط الحد عمن زنا بجارية فقتلها فوجبت
قيمتها او اشتراها او نكحها او كانت جنت عليه قبله فدفعت اليه بعده ه هذه
مسائل الخلاف فيها واحد وقد افرد صاحب المنظومة ما اذا زنا بها فقتلها بفعل
الزنا في باب ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ولا قول لمحمد وصاحب الهداية طرد الخلاف
فابينه على ما فيها رجل زنا بجارية غيره فقتلها بفعل الزنا وجبت عليه القيمة اجماعا
وهل يجب الحد قال ابو يوسف لا يجب وقالا يجب وعلى هذا الخلاف لو زنا بها ثم اشتراها
او زنا بها ثم نكحها او زنا بجارية كانت قد جنت عليه قبل الزنا ثم دفعت اليه بالجناية بعد
الزنا له ان وجوب ضمان القيمة سبب الملك لانه ولذلك صدور الجناية منها سبب
لدفعها اليه فتثبت ملكه فيها مستندا الى وقت الجناية منها ومنه الى المضمونات

ثم ذلك عند ابي الضمان مستندًا الى وقت سبب الوجوب وكذلك شراها ونكاحها فانهما سببان للملك واعتراضه قبل اقامة الحد موجب لسقوطه كما في هبة المسروق قبل القطع وضمان كما لو زنا بها فاذهب عينيها فانه يجب القيمة ويسقط الحد ولهما ان هذا الضمان ضمان دم فلا يوجب الملك ولو اوجبه فانما يوجبه في الجثة وما استوفاه من منافع البضع معدوم فلا يظهر الاستناد في حقه واما الجناية منها عليه فليست سببا للملك اذ لو كانت الشبهة مطلقا والاجماع منعقد على انه يحد اذا لم يدفع اليه فدل على انتفاء السببية فقبل الدفع لا يثبت السبب ولا الحكم على انه لو ثبت فالاستناد لا يظهر في حق المعدوم والمستوفى بالوطئ معدوم عند ثبوت الاستناد فلا يظهر في حقه واما الشراء والنكاح فاعتراض سبب الملك انما يورث الشبهة لذا افاد الملك في العين كما في هبة المسروق قبل القطع والمقتضي ههنا لوجوب الحد قائم وهو الزنا وهذا الاعتراض لا ينهض مانعا لانه لا يفيد الملك في المنافع المستوفاة بالوطئ لكونها معدومة عند الاستناد فلا تثبت الشبهة الدارئة للحد بخلاف ما اذا زنا بها فاذهب عينيها لان الملك ثبت له في الجثة العمياء وانها عين فتورث شبهة قال واسقطناه عن المكره ش هذه من الزوائد وهي انه اذا اكره على فعل الزنا فقتله لا يحد وكان ابو حنيفة اولا يقول يحد كما هو قول زفر لان انتشار الآلة دليل على تحقق الاختيار منه للفعل فانتفى الاكراه ولكنه رجع الى القول الثاني لان انتشار الآلة كما يقع طوعا فقد يقع طبعا كما في حق النائم فاورث شبهة دارئة للحد وانما اطلق المكره ولم ينسبه الى السلطان لان ما ذكر من الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في ان الاكراه ان تحقق من السلطان لم يحد وان تحقق من غيره حد وقالا لا يحد مطلقا بناء على ان الاكراه لا يثبت حكمه عند ابي حنيفة الا اذا وقع من السلطان لكن صاحب الهداية ذكر في الاكراه ان السلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعده به والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن لغيره في زمنه الا السلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله فلذلك اطلق المكره فصارت المسألة على هذا مجمعا عليها اذا وقع الاكراه ممن يقدر على ايقاع ما توعد به والله اعلم

فصل في حد الشرب

قال ومن شارب الخمر طوعا بعد الاقامة اذا اخذ وريحها موجود الا ان ينقطع لبعد المسافة والغي استراطه ولا يثبت بوجه الا بشهادة رجلين او باقراره ويعتبره مرتين فالعفا مرة

الاصل في وجوب حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه والطواعية شرط فان المكره مسلوب الاختيار فلا يعد جانيا واقامة الحد بعد الافاقة ليتألم بالضرب فيحصل فائدة الانزجار واشتراط الرائحة مذهب ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وهذا الشرط يعرف به قرب العهد فان التقادم مانع من اقامة الشهادة بالاتفاق لكن محمد قدر التقادم ههنا بالزمان كما قدره في الزنا لان التأخير انما يكون بمضي الزمان وهما قدراه بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه حين جيء برجل اعترف بشرب الخمر استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه شرط وجود الرائحة فيكون شرطا لان الشرب ثبت باجماع حد الصحابة والاجماع بدون رأي ابن مسعود ولان قيام اثر الشرب وهو الرائحة من اقوى الدلائل على قرب العهد وانما صار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار ما هو ادل على القرب وفائدة هذا الشرط ان قبول الشهادة والاقرار يتوقف على وجود الرائحة عندهما وعند محمد التقادم لا يبطل الاقرار في حد الزنا وهما اوقفا اقامة الحد على وجود الرائحة عملا بما رويناه عن ابن مسعود رضي الله عنه واستثنى في الكتاب انقطاع الرائحة لبعد المسافة يريد انه اذا اخذ من مكان بعيد فلما اتي به الى الامام لم يوجد منه رائحة فههنا يحد لقيام العذر فلا يعد انقطاعه دليلا على التقادم كما قلنا في حد الزنا بالاتفاق من اصحابنا وانما لا يثبت شرب الخمر بنفس الرائحة او بقيئها لان الرائحة ليست بقطعية الدلالة على شرب الخمر لاحتمال الاشتباه منها ولا دلالة ايضا على الشرب طوعا لجواز وجوده كرها وانه غير موجب للحد فلذلك نفاه في الكتاب واضرب عنه الى الشهادة والاقرار لانهما الدليلان الشرعيان وانما نص على الرجلين احترازا عن شهادة النساء مع الرجال فانها لا تسمع في الحدود لقيام الشبهة في شهادتهن باعتبار قصورهن عن الرجال ولهذا اشترط منهن اثنان مع رجل وتنبيه البيهقي الضلال في قوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قبلت في الاموال لان المال يثبت مع الشبهات والحدود تندرئ بها واما الاقرار فحجة من المقر على نفسه فيعمل بها وشرط ابو يوسف تكرار الاقرار مرتين وقالا يكتفى بالاقرار مرة واحدة وهو نظير الخلاف في السرقة على ما يأتي ان شاء الله وهذا الخلاف ههنا من الزوائد قال ويحد السكران من دردي الخمر لانه شربه دردي الخمر تنزل منزلتها عند الشافعي رحمه الله حتى يحد شاربه وان لم يسكر لان الحد يثبت بشرب قطرة من الخمر ودرديها تشتمل على اكثر من قطرة من عينها وعندنا لا يجب الحد بمجرد الشرب الا بالسكر منه لما بين الدردي والخمر من التفاوت فان قليل الخمر يدعو الى كثيرها وليس قليل الدردي يدعو الى كثيره لما في

الطباع من النفس عنه وكان ناقصا عنه فالحق بغير الخمر من المسكرات التي تحرم السكر منها على ما نبين بيانه ولهذا لا يطالب الدردي لنقصانه كالمغلوب بالماء فلا يحد شاربه ما لم يسكر منه قال والسكران من لا يعرف السماء من الارض وقالا من يختلط كلامه ويختار للفتوى هذه من الزوائد يحتمل السكر الموجب للحد ان لا يعرف الرجل من المرأة والسماء من الارض وقالا هو ان يختلط كلامه ويهذي والى هذا القول مال اكثر المشايخ واختاروه للفتوى فانه هو المتعارف وابو حنيفة رضي الله عنه ياخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكران ان يغلب على العقل ويسلب التمييز شيئا فشيئا لان التمييز لا يتلاشى من الصحو وهو ضد السكر فمتى بقي احدهما او شيء منه لا يتلاشى الاخر والمعتبر في القدح الاخير المسكر ما قالاه بالاجماع اخذنا بالاحتياط فالقدح الحرام ما يعقب الاختلاط في الكلام ولا يوجب الحد عنه والقدح الموجب للحد ما يوجب الخبر به وعندهما القدح الحرام هو الموجب للحد كما قلنا قال ولا يحد باقراره فيه الا حد القذف السكران اذا اقر بالزنا او بغيره من حقوق الله تعالى في سكره لا يكون اقراره موجبا للحد لجواز كذبه في الاقرار بسبب السكر لتقوم الشبهة في الدرء عنه بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد فينزل السكران فيه منزلة الصاحي عقوبة له كغيره من حقوق العباد قال ويوجب ثمانين جلدة في الحر لا اربعين يجب نصفها في العبد ويستوفى كما مر حد الشرب على الحر ثمانون جلدة عندنا يستوفى كما مر في حد الزنا يجرد عن ثيابه ويفرق الضرب على اعضائه وعن محمد لا يجرد عن ثيابه تخفيفا الا ان التخفيف قد حصل في العدد فلا يخفف ثانيا وقال الشافعي هو في الحر اربعون لما روي ان عثمان امر عليا رضي الله عنهما باقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ابن ابي معيط فامر الحسن رضي الله عنه باقامة الحد عليه فلما بلغ اربعين قال له حسبك جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعين وابو بكر رضي الله عنه ولنا اجماع الصحابة من يحد على الثمانين وعن علي رضي الله عنه انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون جلدة وما رواه قبل اجتماعهم على الثمانين والعبد على النصف لان للرق اثره في التنصيف وانما احقق قوله ويجب نصفها في العبد ليشمل المذهبين جميعا قال ولو اقر ثم رجع لم يحد لان حد الشرب خالص حق الله تعالى فيقبل فيه الرجوع كما مر في الزنا

فصل في الاشربة

قال ويحرم الخمر عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف الزبد شرط والعصير اذا

طبخ فذهب اقل من ثلثه ونقيع التمر والزبيب اذا غلى واشتد وبين تحليل الخمر مطلقا ولا تحليلها بالطبخ وسع غيرها جائز ه الاشربة جمع شراب وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأتى فيه المضغ سواء كان حراما او حلالا والاشربة المستخرجة من العنب والزبيب والتمر والحبوب ومنها حرام مغلظ التحريم ومنها ما هو اخف تحريما ومنها ما هو حلال فالحرام اربعة الخمر والطلاء والسكر ونقيع الزبيب والخمر اغلظها تحريما فالخمر هو عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد دون ان يطبخ والغليان والشدة شرط بالاجماع واختلف اصحابنا في قذف الزبد فقال ابو حنيفة رضي الله عنه هو شرط وقالا ليس بشرط لانه يسمى خمرا قبل قذف الزبد لحصول المغطية على العقل بالاشتداد وله ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد والاحكام القطعية خصوصا في الحدود تناط بالنهاية كالحد والحكم بكفر المستحل ولا المسكون من ابان العصير وقذف الزبد من اثار الخمرية ولا اصل في ما هو ثابت بقاؤه الا بالتيقن بزواله فقبل قذف الزبد الاصل بقاء العصير فاذا قذف بالزبد تيقنا وجود الخمرية بزوال ما هو من اثار العصير وقيل يؤخذ في تحريم الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا وفي الحد بالشرب بقذف الزبد احتياطا للدرء وعصير العنب رفع بانه عطف بيان وانما لم يقل وهو عصير العنب تحرزا عن ان يصوغها جملة اسمية فتدل على الحلال وهي حرام قليلها وكثيرها لقوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس هو ما حرم لعينه ولقوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمرة لعينها وقد تواتر تحريمها عن النبي صلى الله عليه وسلم وعليه اجماع الامة وهذا دليل تحريمها لعينها من غير ان يكون معللا بالاسكار وقد دل النص بقوله رجس على نجاسة العين لانه اخبر به عن العين حقيقة ويتعلق بالخمر احكام بسبب غلظ تحريمها فمنها يكفر مستحلها لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به ومنها انها نجسة مغلظة كالبول لثبوتها بالدليل القطعي وهو قوله رجس ولا يقال ان الرجس مطلق على الازلام كما هو مطلق على الخمر وليست الازلام نجسة فان المصلي لو حملها في صلاته لم تبطل صلاته لانا نقول الرجس حقيقة في النجس فما كان قابلا لهذا الوصف كان باطلاقه عليه حقيقة وما لم يكن قابلا لهذا الوصف يتعين فيه حذف المضاف اللائق به وليس هذا جمعا بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لان اطلاق الرجس عليها بمعنى النجس اطلاق واحد بطريق الحقيقة وانما تعين حذف المضاف فيما لا يقبل عينه النجاسة بدليل من خارج لا من قبل اطلاق اللفظ ومنها ان الخمر لا قيمة لها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها ولا غاصبها ويحرم بيعها فان في تقويمها اعزازها والشرع امر باهانتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل

ثمنها واختلفوا في سقوط المالية والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ثم ان
ان كان له على مسلم دين فاوفاه دينه من ثمن خمر لا يحل له اخذه ولا للمديون ان يوفيه منه لانه
ثمن بيع باطل فيكون غصبا في يده او امانة على ما وقع فيه الخلاف كما في بيع الميتة ولو كان الدين
على ذمي جاز للمسلم ان يستوفيه من ثمن خمر باعه لان بيعها فيما بينهم جائز ومنها حرمة الانتفاع
بها لان الانتفاع بالنجس لا يجوز ومنها ان الحد يتعلق بنفس شربها سواء سكر منها او لم
يسكر لقوله عليه السلم من شرب الخمر فاجلدوه علق الجلد بالشرب وعليه انعقد الاجماع
ومنها ان الطبخ لا يحلها لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها
وهذه من الزوايد الا انه لو شرب منه مطبوخا يكون حراما ويحد بالسكر لا بمجرد الشرب
على ما قالوا ومنها انها اذا تخللت حلت سواء تخللت بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره
تخليلها وقال الشافعي رحمه الله يكره تخليلها والخل الحاصل به ان كان بالقاء شيء
فيها لا يحل قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيها كالنقل من الظل الى الشمس او من الشمس
الى الظل ففي الخل الحاصل به قولان له ان الامر بالاجتناب بها ينافي جواز قربانها على وجه
التمول فيحرم اقترابها على وجه التخليل لاستلزامه ارتكاب ما ينفيه الامر والخل الحاصل
منه حرام لان الحلال لا ينال بالحرام ولنا قوله تعالى فاجتنبوه وفي تخليلها اجتنابها كما يقع
بالاراقة يقع باصلاحها على وجه يستحيل عن صفة الخمرية مع ما في ذلك من تحصيل مال ينتفع به
حلال في ثاني الحال فكان الاقتراب للاصلاح مباحا فان ذات الاقتراب ليس هو المراد فانه لو
تقرب منها للفضل لا للاراقة كان حلالا بل مندوبا اليه بل واجبا واعتبارا لما اذا تخللت بنفسها
والجامع حصول المصالح المتعلقة بوجودها هذا ما يتعلق بالخمر والثاني الطلا وهو عصير
العنب اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وقيل اذا ذهب ثلثه فهو الطلا وان ذهب نصفه فالمنصف
وان طبخ ادنى طبخة فهو الباذق والكل حرام اذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف
السابق في القذف بالزبد ووجه الحرمة انه رقيق مطرب لذيذ يجتمع عليه الفساق
فيحرم شربه دفعا للفساد الناشي من شربه والثالث السكر وهو نقيع الرطب
اذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف السابق وقوله تعالى تتخذون منه سكرا
ورزقا حسنا كان في ابتداء الاسلام حين كانت الاشربة مباحة لان الصحابة اجمعوا
على حرمته من بعد والرابع نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب اذا غلا واشتد وقذف
الزبد لما بينا وحرمة هذه الثلثة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها لان حرمة
الخمر قطعية وهذه حرمتها بالاجتهاد ولا يجب الحد بشربها ما لم يسكر منها ونجاستها خفيفة

في رواية غليظة في اخرى ويجوز بيعها عند ابي حنيفة ويضمن بالاتلاف قيمته وقال ابو يوسف
ومحمد يحرم بيعها ولا يضمن متلفها اعتبارا بالخمر والجامع الاشتراك في الحرمة وله انه مال متقوم
عملا بالاصل لعدم الدلالة القطعية على سقوط التقوم بخلاف الخمر الا ان عنده يضمن بالقيمة لا بالمثل
لانه ممنوع عن الانتفاع بها لمكان الحرمة فتتعين القيمة ويحل شرب ما لا يسكر مما طبخ من نبيذ
التمر والزبيب ادنى طبخ وان اشتد ومن عصير العنب اذا ذهب ثلثاه لغير لهو وما يتخذ من
العسل والتين والحبوب من غير طبخ وحرمتها مطلقا ويحد للسكر منها مطلقا في الصحيح
اما الاول فنبيذ التمر ونبيذ الزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة فهو حلال وان
اشتد اذا شرب منه ما لا يسكر من غير لهو فان شربه للتلهي حرام واما الثاني فهو عصير
العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي الثلث وهو حلال اذا شرب للتقوي وهذا هو المثلث وهو
حرام عند محمد والشافعي ومالك مطلقا واما الثالث فهو حلال اذا شرب والتين والحنطة
لا للتلهي صح
والشعير والذرة فهو حلال لغير لهو ولا طرب وان اسكر طبخ او لم يطبخ وهل يحد من سكر منها
قيل لا يحد ولا يقع طلاقه بمنزلة النايم وعن محمد رحمه الله الجميع حرام ويحد شاربه اذا
سكر ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وهذا هو الاصح فان محمدا رحمه الله
قال فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وقال في واقعات الحسام وبه ناخذ وهذا
لان الفساق يجتمعون عليها اجتماعهم على سائر الاشربة والتنبيه على ان الحد منها هو الصحيح
من الزوايد وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل
على قول ابي حنيفة اعتبارا بلحمها والاصح الحل لان حرمة اللحم معللة بالاحترام او لما في اباحته
الذبح من قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنها وله قوله عليه السلم كل مسكر حرام وقوله
عليه السلم ما اسكر كثيره فقليله حرام واعتبارا بالخمر ولهما قوله عليه السلم حرمت الخمر
لعينها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم من غير الخمر ولا يجوز الحاق غير الخمر بالخمر
في تحريم العين مع التفرقة بالنص وما ذكره من الاحاديث طعن فيه يحيى بن معين
ذكره عبد الغني المقدسي في كتابه وما روي عن الصحابة رضي الله عنهم من خلافها دليل على
عدم صحتها وعلى تقدير الصحة يحمل على الشرب بقصد التلهي والسكر او يقول بالموجب من
حمله ان المسكر من كل شراب هو القدح الاخير ولان حرمة الخمر انما عديناها الى
كثيرها لرقتها ولطافتها فاعطي القليل حكم الكثير دفعا للفساد الناشي من دعاء الطبع
الى زيادة شربها وليس كذلك المثلث فانه غليظ يغلب عليه الغذائية وقد روى الطحاوي ى
باسناده الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم

دعا بالماء فصبه عليه وشرب منه وقال اذا اغتلمت عليكم هذه الاسقية فاقطعوا متونها
بالماء وفي رواية انه لما قطب قال رجل احرام هو يا رسول الله قال لا وانه نص في الباب وعن ابن
ابي ليلى انه قال اشهد على البدريين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم كانوا يشربون
النبيذ في الجرار الخضر ونقل ذلك عن اكثر الصحابة قولا وفعلا حتى قال ابو حنيفة انه
مما يجب اعتقاد حله لئلا يؤدي الى تفسيق الصحابة رضي الله عنهم واقول ان الصحيح ما
ذهب اليه محمد رحمه الله من تحريم الشرب من هذه الانبذة وايجاب الحد على السكر
منها لان الاصل في المشروعات ان ترد على وفاق المعقول لان ذلك اقرب الى الانقياد ومن
ومن المعلوم الذي ينزل منزلة الاوليات من الشريعة ان السكر مراد العدم لافضائه
الى المفاسد العظيمة وكيف ما كان السبيل الى حصول السكر فانه في نفسه لا يختلف حاله في
الافضاء الى المفسدة فالملحوظ بالنظر الاول انه هو اعدام هذه الرذيلة المستلزمة للفساد
غالبا ثم يتعدى بالنظر الى اسبابها الموجبة لها بالنظر الثاني ولا انكار ان بعض
تلك الاسباب اشد افضاء من البعض ولكن بعد الافضاء لا تفاوت الحال بالنسبة الى ذات
السكر فكان الشرب المفضي الى السكر الملازم للمفاسد حراما قطعا لمادة الفساد واذا
حصل وجب الحد اعداما للفساد الحاصل وتقليلا له بواسطة الزجر الذي شرع له
الحد والتعليق بالشرب بقصد التقوي دون التلهي غير مفيد فان كل شارب يمكنه ان
يدعي قصد التقوي فيستحل الشرب بذلك واذا افضى الى السكر قال لا يجب علي الحد لاني شربت
مباحا وسكرت منه وهذه منشا المفسدة المعلوم من الشرع اعدامها فلا ينبغي ابقاؤها على
الخصوص في حق الطباع المجبولة على اتباع الهوى واستحلال المحرمات بالشبهة ثم وهذا المقام
تزاحمت فيه المحرم والمبيح فيترجح جانب المحرم احتياطا في باب المحرمات مع انه معارض بما نقل
عنهم من اضدادها قال ولا باس بالخليطين والانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت
والنقير ه اما الاول فلما روي عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي
الى اهلي فغدوت اليه فاخبرته فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان
مطبوخا لان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما تحريم نقيع الزبيب وهو الني منه وما روي
من النهي عن الجمع بينهما فمحمول على حالة الشدة واما الثاني فلقوله عليه السلام كنت نهيتكم
عن الانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت والنقير فانتبذوا فيها واشربوا في كل ظرف
فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر ه

فصل في حد القذف

قال ويحد الحر قاذف المسلم الحر البالغ العاقل العفيف بصريح الزنا ثمانين سوطا اذا
طلبه والعبد اربعين وينزع عنه الفرو والحشو ويفرق عليه ه القذف في اللغة الرمي مطلقا
وفي الشرع الرمي بالزنا وفيه الحد لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد به الرمي بالزنا اجماعا مع الاشارة اليه بقوله ثم لم
ياتوا باربعة شهداء فان اشتراط اربعة من الشهود من خصائص حد الزنا وتنصيف الحد في العبد
لما مر ان الرق منصف وشرط الاحصان منصوص عليه اما شرط الحرية والاسلام فلما مر في
الزنا واما العقل والبلوغ فلعدم لحوق العار للصبي والمجنون لعدم تحقق الزنا منهما واما
العفة فلان غير العفيف عن فعل الزنا لا يلحقه العار اذا نسب اليه ولان الحد شرع جزاء عن
كذبه في نسبة الزنا اليه فاذا لم يكن عفيفا عنه كان صادقا في النسبة اليه فلا يؤاخذ به واما
شرط مطالبة المقذوف بالحد لانه يشتمل على حقه وهو دفع العار عنه وانما يجب بطلبه
بعد عجزه عن الاتيان باربعة شهود يشهدون بصدقه وانما طرح ذكر هذا الشرط لانه علم
من باب الزنا وصريح القذف بالزنا ان يقول يا زاني او زنيت او يا ابن الزانية ولذلك لو قال يا ابن
الزنا لان معناه انت متولد من الزنا واللغات في القذف سواء فباي لغة قذفه فالحكم ثابت
ويفرق الضرب على اعضائه لما مر في الزنا وينزع عنه الفرو والحشو لان القاءهما مانع من وصول
الالم اليه فلا يحصل مصلحة الزجر وانما لم يجرد عن ثيابه لان سبب هذا الحد غير مقطوع به
لجواز صدقه في القذف فلا يقام الحد على وجه الشدة بخلاف حد الزنا قال ولو رجع
عن اقراره لم يقبل ه اذا اقر بالقذف ثم قذف ثم رجع لم يقبل اقراره اما ثبوت الاقرار
فيكفي فيه المرة اعتبارا بسائر الحقوق ويثبت ايضا بشهادة رجلين وقد مر ان شهادة النساء
مع الرجال لا تقبل في الحدود فاذا اقر مرة ثبت الحق لم يقبل رجوعه لما في ذلك من ابطال
حق من تعلق حقه باقراره وهو المقذوف فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى
لعدم من يكذبه فيه قال ويطالب بالميت من يقع القدح في نسبه بقذفه رجل
قال لاخر يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب ابنها بحد القذف حد القاذف لانه
قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بهذا الحد للميت الا من يقع القدح في نسبه بالقذف
وهو الولد والوالد لان الجزئية هي الموجبة للحوق العار به فيتناوله القذف معنى وعند الشافعي
يثبت حق المطالبة لكل وارث حد القذف يورث عنده وعندنا ولاية المطالبة ليست
بطريق الارث بل لحوق العار بسبب الجزئية الا ترى انه يثبت حيث لا ارث بسبب القتل ويثبت
لولد البنت كما يثبت لولد الابن ولولد الولد حال قيام ابيه كما في الخلاف فيه قال

ويغلب حق الشرع فلا يورث ولا يجري العفو عنه ولا الاعتياض منه ولا عدم التداخل ه
اذا قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد عندنا وكذلك لو مات وقد اقيم بعض الحد
بطل الباقي وقال الشافعي لا يبطل   الاصل في هذا ان في حد القذف حق العبد وحق
الشرع اما حق العبد فلما فيه من دفع العار عنه ورجوع منفعته اليه واما حق الشرع فلما
فيه من الزجر الذي قصد به اخلاء العالم عن الفساد او تقليله ونفعه راجع الى العامة وهذه
امارة حق الشرع ولهذا سمي حدا فانما يكون خالص حق العبد فهو في الاصل جائز فما وجب
من العقوبات حقا له فهو واجب باسم القصاص المبني عن المساواة ليكون اشارة الى
الجبر وما وجب منها باسم الحد فهو حق الله تعالى ليكون في الاسم دلالة على الزجر
ويدلك على ذلك اعتبارنا المماثلة في حق العبد قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم وههنا لا مماثلة بين نسبة الزنا وبين ثمانين سوطا لا صورة ولا معنى
وعند تعارض هذين الجهتين في حد القذف فالشافعي غلب حق العبد باعتبار حاجته
اليه وغنا صاحب الشرع عن حقه ونحن غلبنا حق الشرع لان حق العبد يصير مرعيا باعتبار
ان الله تعالى يتولاه ولو اعتبرنا جهة العبد لا يصير حق الشرع مرعيا لانه لا يجوز استيفا
حق الشرع الا لمن هو نائب الشرع ولا نيابة ههنا ثم ينبني الفروع عليه اما الارث
عنده فلانه يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع وهذا الاصل من الزوائد ويجوز
ان يعفو عنه عنده لانه حقه ويجوز ان يعتاض منه كذلك وعندنا لا يجوز لانه حق الشرع
ولا يجري العفو ولا الاعتياض ومسألة الاعتياض من الزوائد ولو عفا لم يكن للامام
ان يقيم الحد لا باعتبار صحة العفو بل باعتبار ان الاستيفا منوط بطلبه وقد تركه الا ترى
انه اذا عاد فطلب يقام الحد لان ذلك العفو كان لغوا فكانه لم يخاصم الى الان واما
التداخل فاذا قذف واحد جماعة بكلمة واحدة حد لكل منهم عنده وعندنا يحد حدا
واحدا تغليبا لحقهم فقد انعقد سبب الوجوب لكل منهم فيثبت الحكم على السبب
كما لو زنى وسرق وشرب ولنا ان شرعية الحد لمعنى الزجر والزايد على الحد
الواحد عار عن فائدة الزجر لحصوله بالاول فقامت الشبهة في عدم وجوب الزايد
او سقوطه بخلاف ما لو زنى وسرق وشرب لان المراد بحد كل منها غير المراد بالاخر فحد السرقة
صيانة الاموال وحد الزنا صيانة الانساب وحد الشرب صيانة العقول وعلى هذا
لو قذف واحدا مرارا او شرب مرارا او سرق مرارا المقذوف فيه متعدد كما اذا قال زنيت
بفلانة او فلانة قال   واخر ما طلب لان الكافر والعبد بقذف الاب ه اذا كان

المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر واثبات خلافه
من الزوائد له ان القذف تناول الولد العبد والكافر معنى باعتبار رجوع العار اليه
وليس طريق الثبوت الارث عندنا فنزل منزلة ما لو قذف الولد بنفسه ولنا ان هذا غير
له بقذف محصن فيطالب بحده لان الاحصان فيمن يقذف شرط وقوع القذف معتبرا على
الكمال وقد وجد في حق المقذوف ثم تعدى بكماله الى الولد والكفر والرق لا ينافي
اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان
في المقذوف قال   وولد الولد يقذف الجد مع وجود ابيه ه معطوفه على ما نقلها
والخلاف فيها مع زفر اذا قذف رجل محصنا ميتا هل لابنه في طلب الحد وله ولد فللابن ان يطالب
الحد وقال زفر ليس له ذلك لان لحوق العار بولد الصلب فوق لحوقه اباه فنزل ولد الولد مع بقا
ابيه منزلة ولد الصلب مع بقا المقذوف كطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع الاقرب
ولنا ان حق الخصومة ثابت لولد الولد لان العار لاحق له بهذه النسبة حسب لحوقه اباه
فثبت لكل منهما الخصومة في ذلك بخلاف المقذوف نفسه لان ثبوته في حقه باعتبار
نيل القاذف من عرضه وذلك مختص به وبخلاف طلب الكفاءة لان ذلك حق الاوليا
ولا ولاية للابعد مع وجود الاقرب اما ولد الولد فنسبه ثابت من جده مع ابيه
وهو سبب للحوق العار فلم يتوقف على عدمه قال   ومنع ابن البنت اذا
قذف رجل جده محصنا فلابن بنته ان يطالب بحد القذف عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ليس له ذلك لعدم لحوق العار به بنسبة الزنا الى ابي امه لانه لا ينسب
اليه الا ترى انه لا يدخل ابن البنت في الوقف على اولاده واولاد اولاده في ظاهر الرواية
وعليه الفتوى ذكره في الواقعات وصار كالاخ ولهما انه قذف محصنا يعرض
احصانه بموته فيثبت حق المطالبة لكل من ينتمي الى الميت او ينتمي الميت اليه للحوق
الشين والعار بسبب ذلك والعار لاحق به فانه لا ينتفي عن كل من الطرفين ولهذا له المطالبة
بقذف امه باعتبار انتمائه اليها فكذا بقذف ابي امه بخلاف الاخ لعدم لحوق
العار للاخ بسبب زنا اخيه لعدم الانتما اليه اما الابن فينتمي الى امه وامه الى
ابيها والمنتمي الى المنتمي منتم ضرورة ان جز الجز جز واما عدم دخوله في الوقف
فممنوع على رواية الخصاف وهي مذكورة في المحيط وان سلمنا فالوقف في معنى الوصية
التي هي اخت الميراث والولد فيه انما ينسب الى الاب وابيه دون الام وابيها الا ترى
انه لا يحجب الزوج عن النصف ولا الزوجة عن الربع ويحجبها ولد الابن فكذا الحكم في

الوقف الذي هو في معنى الوصية فلم يلزم من ظاهر المذهب ان لا يدخل ولد البنت في
الوصية لولد الولد باعتبار التشبه بالارث عدم استحقاق طلب الخصومة في حد القذف
لما يلحقه من العار بخروجه عن كونه كريما لطرفين قال ولا يطالب العبد مولاه ولا
الابن اباه بقذف امه الحرة ه لان الاب لا يعاقب بسبب ابنه ولا المولى بسبب عبده
ولهذا لا يقتلان بهما قال او وطي وطيا حراما لعينه سقط احصانه وناكح بعد تملك مسته
بشهوة يحصل لوطي الحرام منه ما يكون حراما لعينه ومنه ما يكون حراما لغيره فالوطء الحرام
لعينه يسقط الاحصان لانه زنا فلم يحد قاذفه لكونه صادقا والحرام لغيره لا يسقط الاحصان
ويحد قاذفه لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من جميع الوجوه او من وجه حرام لعينه وكذلك
لو وطي في ملكه وحرمة الموطوءة مؤبدة اما اذا كانت الحرمة موقتة فان حرمة الوطء لغيره
وابو حنيفة رضي الله عنه يشترط الحرمة المؤبدة الاجماع او المشهور من الحديث بحرمة المصاهرة هز
بالوطء او وطي الاب جارية ولده ففي هذه المسائل يسقط احصانه لان هذا الوطء حرام لعينه
وان لم يكن اثما لكونه جاهلا او مكرها بخلاف ثبوت المصاهرة بالمس عن شهوة او
بالتقبيل لان كثيرا من الفقها لا يرون ذلك محرما ولا نص في اثبات الحرمة بل الحرمة باثباته
بطريق الاحتياط في اقامة السبب مقام المسبب فلا يسقط الاحصان المتيقن به بالشك
وقد قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاحصان يسقط باعتبار انه وطء حرام عندنا
والفرق بينهما بخلاف ثبوت المصاهرة بالوطء لوجود النص وهو قوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباؤكم من النسا الا ما قد سلف والنكاح في الوطء حقيقة سقط اعتبار الاختلاف
مع النص واما الحرمة المؤبدة في الملك كالاخت من الرضاع والجارية المشتركة وانما
يسقط الاحصان لانه يباح في ملك المتعة فكان الوطء واقعا في غير الملك فاشبه الزنا
والحرمة موقتة كالمجوسية والحايض والتي ظاهر منها والتي حرمت باليمين والامة المنكوحة حه
والمعتدة من غيره ووطي الاختين بملك اليمين والامة المكاتبة والمشتراة سرا او سرا
ففي هذه المسائل لا يسقط الاحصان لعدم كون الوطء زنا عند قيام الحل وهذه الحرمة
على شرف الزوال قال واذا لاعنت بولد سقط احصانها ه احترز بقوله لاعنت بولد
عن الملاعنة بغير ولد فانه لا يسقط احصانها ويحد قاذفها لعدم امارة الزنا منها
واما الملاعنة بولد سوا كان الولد حيا او قذفها بعد موت الولد لم يحد وسقط احصانها
لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة الولد الذي لا اب له ففاتت العفة التي هي شرط في الاحصان
قال ولو نسبه الى جده او نفاه عنه او الى عمه او خاله او زوج امه او قال يا ابن ما السما

او لعن في ما سطي لم يحد ه اما النسبة الى الجد فلانها صادقة مجازا واما النفي عنه
فصدق ايضا لانه ابن ابيه لا ابن جده بغير واسطة وهذه امارة المجاز لان ما صح اثباته
من وجه صح نفيه من وجه فكان كل منهما مجازا وما ثبت لشي من جميع الوجوه كان حقيقة
فيه فلم يصح نفيه واما النسبة الى العم والخال فصادقة ايضا لصدق الاب على كل منهما
قال تعالى واله ابائك ابرهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عما له وقد قال عليه السلم الخال
اب واما زوج الام فالاطلاق عرفي باعتبار التربية واما قوله يا ابن ما السما فليس بقذف
لانه مبالغة في التشبيه بما السما وهو الوصف بالجود والسخا واللطف والصفا واما قوله للعربي
يا نبطي فليس بقذف لانه يراد به تشبيهه به في الاخلاق او في عدم الفصاحة قال ويحد
بقوله لرجل يا زانية ه اذا قال لمحصن يا زانية لا يلزمه الحد عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا
وقال محمد وهو القياس يحد لانه قذف على وجه المبالغة فان التا لاحقة للمبالغة كالعلامة
والنسابة ولا نقاش ان حقيقة هذا الكلام وهو بانثى الزانية كذب اذ المخاطب رجل
فلا يلحقه العار به لا انا نقول لا يسقط بذلك معنى القذف لان نسبة الزنا قذف بالزنا ونسبة
الانوثة قذف بغير الزنا عرفا لان البادي بنسبة الانوثة لا ينقص عن الزاني بما يشتم به فصار كما لو قال
لامراة يا زاني مع ان حقيقة كلامه وهو ما ذكر الزاني كذب اذ المخاطب امراة وقيل اولى
لان نسبة الذكورة لا يعد حقها سبابا عرفا ولهما ان معنى هذا الكلام حقيقة غير
متصور في كون التا للمبالغة شك فلا يجب الحد مع الشك وهذا لان التا تكون للمبالغة في
وصف الشي بنفسه وقد تكون للمبالغة في وصف العلمية كالنسابة فان المراد اعلم الناس
بالانساب او اكثرهم بها علما فيحتمل ان يريد يا اعلم الناس بالزنا او اكثرهم به علما فان اراد هذا
المعنى لا يجب الحد وان اراد حقيقة الكلام يجب فلا يجب بالشك بخلاف قوله للمراة يا زاني لان
الترخيم سائغ في النداء وللخطابة دليل على ارادة التا والحقيقة متصورة فاندفعا قال وعكس
في زنات في الجبل ه اذا قال لاخر زنات في الجبل بالهمزة وقال اردت به الصعود على الجبل لا يصدق
عند ابي حنيفة وابي يوسف ويحد وقال محمد يصدق ولا يحد لانه اراد محتمل لفظه فان
الزنا في الجبل هو الصعود حقيقة واستعمال كلمة في مكان على سائغ لقوله تعالى ولاصلبنكم في
جذوع النخل ولهما ان الحال دالة على ارادة القذف وقوله زنات يجوز ان يكون مهموزا
لحرف اللين كما يلين الحرف المهموز ويكون في جارية على حقيقتها في الطرفة وهذا متغير لان
في لا يستعمل في الزنا بمعنى الصعود وانما يستعمل كلمة على والحمل على يفسر حرف عن موضع لمعنى بمكان
حرف غير موضوع لمعنى مع فهم المعنى من الكلمة لنفسه الكريم وقضا اولى من حرف كلامه على

استعمال حرف موضوع لمعنى عوض حرف آخر موضوع لمعنى آخر لانه خلاف الاصل وهذا
هو الظاهر فلا يصدق في دعوى ما يخالفه الظاهر واما ما استشهد به في استعمال كلمة في
مكان على ممنوع بل هي جارية على موضوعها والمراد الاشارة الى تمكن المصلوب من الجذع تمكن
المظروف من الظرف قال وما اوجبناه على المصدق في رجل قال لآخر يا زان فقال
آخر صدقت لم يحد هذا المصدق وقال زفر يحد لانه صدق قاذفه فيما نسبه اليه فيكون
قاذفا ولنا ان هذا التصديق ليس بتصريح بنسبة الزنا اليه مع احتمال التصديق في كلام آخر
الا ان هذا ظاهر لكنه لا يكتفى لايجاب الحد فان قال صدقت فيما قلت حد لارتفاع الاحتمال فظهر
ارادة نسبة الزنا اليه صريحا فصار قاذفا قال ولم يحدوا قولهم في خصومة لست بالزاني
ولا ابي بزان اذا قال رجل لآخر وهما يختصمان لست بالزاني ولا امي بزانية فهذا قذف
عند مالك اذا كان ذلك متعارفا لانه يعرض بالآخر والحال والعرف يدلان عليه فيحد حد القذف
وعندنا لا يحد لان حقيقته موضوعة لتزكية نفسه وامه والظاهر ارادة الحقيقة واحتمال
التعريض لا يوجب الحد لانه لا يثبت مع الاحتمال قال ولو اختلفت شهوده في مكانه
في بقوله ش الشاهدان بالقذف اذا اختلفا في مكان القذف او اختلفا في زمانه قبلت او زمانه
شهادتهما عند ابي حنيفة وقالا لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع والابراء
والاقرار والطلاق والعتاق او فعلا ملحقا به كالقرض لم يمنع الاختلاف في الزمان او المكان
قبول الشهادة بالاتفاق وان كان فعلا كالغصب والجناية او قولا ملحقا به كالنكاح فالاختلاف
مانع بالاجماع والاختلاف فيما عدا ذلك لهما ان البينة لم تقم على قذف واحد فان القذف في هذا
الزمان والمكان غير القذف في ذلك المكان او الزمان فصار كما لو شهد احدهما بالقذف والآخر
بالاقرار به او شهد احدهما انه قذفه بالعربية والآخر بالفارسية فلو كان ملحقا بالقول لما كان
الاختلاف في الاقرار والانشاء وفي اللغة قادحا في الشهادة كالبيع والاجارة وله انها شهادة
قائمة على القول فلم يضر اختلافهما في الزمان والمكان ولا يشكل بالنكاح فانه ملحق بالفعل باعتبار
ان احضار الشهود فيه او حضورهم شرط فيما يتوقف وجوده على فعل الحق به في حق هذا الحكم
اما القذف فقول حقيقة ولا يتوقف فيه على الفعل فلا يلحق به وهذا لانهما شاهدان بما يوجب
الحد واتفقا في اللفظ والصيغة والمعنى فلا يضر الاختلاف فيما عداها كما لو شهد احدهما انه قال
له زنيت بفلانة وشهد الآخر انه قال زنيت بفلانة غيرها وهذا الخلاف ما اذا اختلفا في الاقرار
والانشاء لان الموجب هو مقدور اللفظ صريح الزنا الا ما يكون اللفظ عبارة عنه الا ترى انه لو
قيل لرجل ان فلانا قال انك زنيت وهو حاضر فقال نعم لا يحد ولفظ الاقرار غير لفظ الانشاء صورة

ومعنى فلم يتم الشهادة على واحد منهما بخلاف البيع لان المقصود ما يدل اللفظ عليه من مبادلة
المال بالمال بالتراضي لا نفس لفظ العاقد ولهذا الاقرار والانشاء في البيع على ما هو المقصود منه
حاصل وبخلاف اختلافهما في اللغة في القذف فان المراد هو اللفظ لا ما يدل عليه اللفظ فالاختلاف وفيها
فيه اختلاف في السبب الموجب بخلاف البيع والنكاح اذ المقصود ما يدل اللفظ عليه من حصول
مبادلة المال بالمال بالتراضي فلم يكن الاختلاف فيما يدل على ذلك قادحا قال ويرد
شهادة المحدود منه وان تاب ش اذا حد القاذف ردت شهادته ابدا وقال الشافعي اذا
تاب تقبل شهادته لزوال السبب الموجب للرد وهو الفسق المنصوص عليه بقوله تعالى
واولئك هم الفاسقون واثر الفسق في رد الشهادة ظاهر وقد ارتفع ذلك اما بارتكاب الكذب
بتقدير الكذب او بظاهر الفاحشة بتقدير الصدق ولما كانت هذه في نفسها جريمة جعل
الشرع الاتيان بالبينة مخلصا عنها فاذا لم يثبت ثاب الحد فاذا انتفى المخلص وهي جريمة في نفسها
توجبه للفسق وردت الشهادة فاذا تاب انتفى الفسق فينتفي الرد ولنا ان رد الشهادة من
تمام الحد الذي شرع في مقابلة الذي مع العجز عن البينة لان الالم بالجلد يخرج مخرج الجزاء
هذه الجريمة ورد الشهادة معطوف عليه فيدخل تحت الجزاء ضرورة استرسال المعطوف
في حكم المعطوف عليه وفقهه هذا ان من فوت عصمة المال بالسرقة استحق تفويت نعمة البطش
بوجوب القطع لمكان كفران تلك النعمة العظيمة ومن فوت بالزنى عصمة العرض المصون استحق تفويت
نعمة الكلام بقطع اللسان الا ان الشرع اقام القطع المعنوي برد الشهادة التي هي معظم منافع اللسان ن
مقام القطع صورة بمنزلة قطع اليد لان كلا منهما من تمام الحد ثم التوبة لا ترفع الحد المستوفى في
الماضي فبقي مردود الشهادة ابدا كما ان السارق مقطوع اليد ابدا قال وهو سوطا او باكثره
او تمامه وبه قالا عن ابي حنيفة رضي الله عنه ثلث روايات افقهها في المتن بادخال
حرف الاولى ان شهادته تبطل بضرب سوط واحد من الحد والثانية بضرب الاكثر
لحد والثالثة ترد شهادته بعد تمام الحد وهو قولهما وفائدة الخلاف يظهر في الذمي
يقذف محصنا فلما ضرب سوطا اسلم فتم الحد وهو مسلم ففي رواية جازت شهادته
على المسلمين وعلى اهل الذمة بعدهم ووجهها ان رد الشهادة من تمام الحد وثبوته عند العجز
عن الاتيان بالبينة والعجز يظهر بضرب سوط لان القاضي يحرم عليه ضربه ما لم يتحقق عجزه
فكان ضربه جاريا مجرى حكمه به فبطلت شهادته التي كانت ثابتة على اهل الذمة فاذا
اسلم استفاد شهادة لم تكن له وهي سالمة عن الرد وقالا وهي الرواية الاخرى ان الرد موقوف
على تمام الحد لان الرد من تمام الحد والتمام يعتمد الوجود وما ضرب قبل الاسلام بعض الحد فلا يجوز

شهادته الا اذا اسلم بعد تمام الحد لتنزله منزلة لسان استفاده بعد قطع الاول
بخلاف العبد يعتق بعد اقامة الحد لانه لم يكن له شهادة فترد انما تمام الحد وانما الشهادة
الواجبة الرد هي التي استفادها بعد الحرية فترد ووجه الرواية الاخرى وهي رد شهادة
الذمي بضرب اكثر الحد فهو ان الاكثر في كل حكم يقام مقام الكل الحقيقي قال وتقبل بعد
الاسلام لا العتق لان الشهادة المستفادة بعد الاسلام ليست هي الشهادة التي كانت
له حال كونه ذميا وتلك هي المردودة انما تمام الحد بخلاف العبد فانه لا شهادة له اصلا
على ما مر قال ولو قذف عبدا او امة او كافرا بالزنا او قال لمسلم يا فاسق او يا خبيث
او يا كافر عزر اما الاول فلانه قذف بصريح الزنا لكن شرط اقامة الحد وهو الاحصان
مفقود فتعين التعزير واما الثاني فلانه قذف مسلما بغير الزنا فالحق به العار والشين
ولا قياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ به غايته في الاولى لانه من جنس ما وجب به
الحد في المحصن والراي في الثاني الى الامام قال او يا حمار او يا خنزير لم يعزر وقيل
يعزر ان كان شريفا اما القول الاول فوجهه انه صريح الكذب فلم يلحقه به العار
ووجه القول الثاني ان المقذوف اذا كان شريفا كالعلوي والعباسي والفقيه يلحقه
الوحشة بذلك بخلاف العامي الذي لا يبالي بذلك وقد قال بعضهم انه يعزر مطلقا اعتبارا
للعرف فانه يعد شتما والتعصيل لحسن وهو من الزوايد قال ويقدر اكثره بخمسة
وسبعين سوطا وهما تسعة وثلثين ولا يقص في الاقل عن ثلاثة اكثر التعزير عند ابي يوسف
خمسة وسبعون سوطا في رواية اخرى تسعة وسبعون وقال ابو حنيفة ومحمد اكثره تسعة
وثلثون والاصل في ذلك قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فابو حنيفة
ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد القذف في العبد فصرفاه اليه وهو اربعون فنقصا منه سوطا
وابو يوسف اعتبره في الحراد الحرية هي الاصل ثم نقص منه سوطا وهو ثمانون وهو قول زفر وفي
رواية الكتاب نقص خمسة عدلا منها عن القياس باثر علي رضي الله عنه في ذلك فقلده والادنى
مقدرة بالثلث في الكتاب لانه يحصل الزجر بما دون الثلث وعن المشايخ ان الراي في ذلك الى الامام
لان ذلك مما يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف يقدر بقدر عظم الذنب وصغره وعنه انه
يقرب كل نوع من جنسه فيقرب القبلة واللمس من حد الزنا ويقرب القذف بغير الزنا من حد القذف
بالزنا قال وان راى الامام الحبس ايضا فعل اذا راى الامام ان يحبس في التعزير مع الضرب
فعل ذلك لان الحبس يصلح تعزيرا وقد جاء بالاكتفاء به فجاز ضمه ايضا ولهذا لم يشرع الحبس
في التعزير للتهمة قبل ثبوت سببه وشرع في الحد قبل ثبوت سببه لان الحبس بنفسه تعزير

فيؤدي شرعه الى التسوية بين التهمة والحقيقة بخلاف الحد لانه ليس منه قال ويقدم
التعزير من شدة الضرب ثم الزنا ثم الشرب ثم القذف اشد الضرب التعزير لانه قد
جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف والا لزم خلوه عن فائدة الزجر
ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وهو اعظم جناية من الشرب حيث شرع فيه الرجم وحد
الشرب بعده لانه سبق سببه وهو ثابت بقول الصحابة ثم حد القذف لان سببه يحتمل الجواز
صدق القاذف وقد جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة التي بمنزلة قطع لسانه
فيخفف من حيث الوصف قال ويعزر زوجته على ترك الزينة وغسل الجنابة والخروج
من المنزل وترك الاجابة الى الفراش لوجوب طاعته عليها وطاعة الله فيما امر فيعزر على المخالفة
وهذه من الزوايد

فصل في حد السرقة

قال اذا سرق عاقل بالغ من حرز نصابا لا شبهة له فيه وتقدره عشرة دراهم
مضروبة او ما هي قيمته لا بربع دينار وجودها شرط وتخالفه في الزيوف الرائجة فشهد عليه
اثنان فسالهما عن ماهيتها وكيفيتها وزمانها ومكانها او اقر به مرتين قطعت يمينه من
الزند وحسمت بعد خصومة المسروق منه وقطعناه بدعوى المودع والمستعير والمضارب مع غيبة
المالك السرقة في اللغة اخذ الشي خفية بغير اذن صاحبه مالا كان او غيره وفي الشرع
اخذ العاقل البالغ نصابا محرزا او ما قيمته نصاب ملكا للغير ولا شبهة له فيه ولا في الحرز
على وجه الخفية ويعتبر المعنى اللغوي في ابتداء السرقة وانتهائها او في ابتدائها فيما اذا نقب البيت
خفية واخذ المال مكابرة ولا يكون ذلك الا ليلا فانه في النهار يلحقه الغوث فلا يمكنه ذلك
فلا يقطع فيشترط الخفية ليلا ونهارا فالسرقة اذن مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه
وفي السرقة الكبرى وهي قطع الطريق مسارقة عين الامام ومن يقوم مقامه من اعوانه
لانهم اعينه على حفظ الاموال وشرط البلوغ والعقل لان فعل الصبي والمجنون لا يعد جناية
فلا يترتب عليه الحد الذي شرع للزجر ولم يشترط الحرية لان العبد كالحر في السرقة
لاطلاق النص وهو قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولان القطع لا يمكن
تنصيفه فكمل في العبد صيانة لاموال الناس وشرط الحرز لان الاستتار والاخفاء
لا يظهر دونه وسياتي الكلام فيه واما النصاب فيشترط لانه لا بد من اعتبار مال
لخطير لان ما ليس بخطير يقل الرغبة عنه ولا يوخذ على وجه الخفية فلا يتحقق فيه ركن السرقة
ولا يترتب على اخذه حكمه الزجر لان الزاجر يشرع فيما يغلب وجوده وشرط عدم الشبهة فيها اي في

الحرز والنصاب لان الشبهة دارئة للحد والنصاب مقدر بعشرة دراهم عندنا وقال الشافعي
مقدر بربع دينار وعند مالك ثلثة دراهم والاصل فيه ما روي ان اليد كانت لا تقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وقيل في تقديره عشرة دراهم وثلثة دراهم
والشافعي ومالك ياخذان بالمتيقن فهو اقل ما نقل فيه والشافعي يقول ان الدينار كان على
عهده صلى الله عليه وسلم اثنا عشر درهما والثلثة ربعها وعلمائنا اخذوا فيه بالاكثر
احتيالا للدرء للحد لان في الاقل شبهة عدم الجناية كيف وقد نالنا ما روي من قوله عليه السلم
لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم لما لم ينطلق الا على المضروب منها في الحرز
اشترطه في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية وفائدة ذلك
تظهر فيما لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لم يقطع والمعتبر في هذه الدراهم
وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة لانه هو المتعارف والاصل فيه ان النقود على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وعهد ابي بكر رضي الله عنه كانت متفاوتة منها ما كان الدرهم
عشرين قيراطا ومنها ما كان عشرة قراريط وهو الذي يسمى وزن خمسة مثاقيل ومنها ما
كان اثني عشر قيراطا وهو الذي يسمى دون ستة مثاقيل فلما كان زمن عمر رضي الله عنه
وطلب الناس منه ان يجمعهم على نقد واحد امر بان يؤخذ من كل نوع من هذه الانواع درهم
فكان اثنين واربعين قيراطا وامر ان يضرب ثلاثة دراهم فكان كل درهم اربعة عشر قيراطا
وهو وزن سبعة مثاقيل واستقر الامر على ذلك الى يومنا هذا ذكر في المبسوط وقوله
او ما هو قيمته اي ويقطع بسرقة شي قيمته عشرة دراهم وفيه دلالة على ان الاعتبار في القيمة
بالدراهم ولو كان المسروق ذهبا وهذه الدراهم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا
سرق عشرة دراهم وهي زيوف او نبهرجة فقد سرق نصابا لانها اذا كانت بروج ساوت الجياد
فلم يظهر النقصان وابو حنيفة يقول مالية الزيوف انقص من مالية الجياد والمالية ما رغب
فيها فيمكن النقصان فيها كما يمكن في بعض الغش حتى لو سرق من الزيوف ما يساوي عشرة دراهم
قطع اجماعا لانه لا نقصان في المالية ثم السرقة تثبت بشهادة رجلين وقد مر ان شهادة
النساء مع الرجال غير مقبولة في الحدود ويسالهما القاضي عن ماهية السرقة
وكيفيتها وزمانها ومكانها لان ذلك مما يلتبس على كثير من الناس ويسال الشهود
عنه احتياطا في الحدود ويجوز ان يظهر من شرحهم لذلك دارئة للقطع اما باعتبار
شبهة في الحرز او في المال او يختلف زمان الشهادتين ومكانهما فلا يسال الشهود وهذه
من الزوايد وتثبت بالاقرار مرة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع حتى يقر

مرتين لان الموضع موضع الاحتياط بدليل اعتبار صفة الذكورة في الشاهد فكان اعتبار
عدد الاقرار به بعدد الشهود من باب الاحتياط اعتبارا بالزنا ولهما ان التكرار في الاقرار
غير مفيد فلا يعتبر كما في القصاص والقذف وانما اعتبر في باب الزنا على خلاف القياس فلا
يتعدى بعد النص وقد قال محمد رحمه الله اذا لم اقطعه بالمرة الاولى لم اقطعه
اصلا لان الخصومة انقطعت بالاقرار اول مرة كما لو رد عليه المسروق فلم يكن الاقرار
الثاني بعد انقطاع الخصومة مفيدا للقطع كما لو رد المسروق ثم اقر بالسرقة فانه لا يقطع ثم
حضور المسروق منه ودعواه شرط القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة وكذا
حضوره شرط القطع لان الامضاء من القضاء في باب الحدود ولاحتمال ان يهبه المسروق
او يملكه اياه فيسقط القطع فاذا حضر انتفى الاحتمال واذا خاصم المستودع او المضارب
او المستعير قطع بدعواهم مع غيبة المالك وقال زفر لا يقطع بدعوى هؤلاء من دون حضور
المالك لانه استيفاء مع قيام الشبهة فلا يجوز وهذا لان المالك لو حضر فعساه يقر له بملك
المسروق او بكونه مأذونا له في الاخذ من جهته ولهذا فان القصاص في النفس لا يستوفي
بخصومة المودع ولا عبرة مع غيبة المالك ولان المال مضمون على السارق في استيفاء
القطع اسقاط لضمانه وتفويت لعصمته فلا يستوفي بخصومته ولنا ان السرقة الموجبة
للقطع ظهرت عند القاضي بالحجة بدعوى معتبرة مطلقا لان لهؤلاء حق اليد الصحيحة
فكان لهم الخصومة في استردادها لكون اليد مقصودة كالملك الا ترى ان الغاصب
يضمن للامين بتفويت يده فكان مقصودا واذا ثبت له الخصومة في اثبات ازالة يده ثبت
له في اثبات سبب ازالتها وهي السرقة كمن ادعى في يد اخر شيئا انه له اشتراه من
فلان واقام بينة قبلت حتى لو قدم البائع فانكر لم يلتفت الى انكاره لانه لما كان
خصما في اثبات الملك لنفسه كان خصما في اثبات سببه فكذا هذا واذا ظهرت السرقة
بخصومته عند القاضي بغير شبهة لانه اصل في هذه الخصومة لا باعتبار النيابة عن
المالك الا ترى انه لا يضيف الخصومة الى المالك توجب القطع اقامة لحق الله تعالى وما ذكر
من شبهة اقرار المالك له فلا اعتبار بها الا ترى ان للوديعة ان يقطع بدون حضور
المودع وان كانت شبهة اذنه له في دخول الحرز ثابتة والمعتبر انما هو موجوده
في الحال لا موقعه الوجود في المال ولهذا يقطع بالاقرار وان كان يتوهم رجوعه عنه
في ثاني الحال واما سقوط عصمة المال فثابت ضمنا لاستيفاء حق الشرع بلا اضافة ذلك
الى المودع لان قصدا المودع بالوديعة احياء حق المالك لا اسقاطه فلم يكن حضورهم

مقضية لتخلل فعل فاعل مختار فاضيف الحكم اليه لا الى السبب وتركنا الخلاف المذكور في المنظومة مع الشافعي في انه لا تقطع في السرقة مع المستودع فانه قال في الوجيز ويقطع سرقته المال من المودع والوكيل والمرتهن وقوله قطعت يمينه من الزند وحسمت بيان لكيفية القطع اما نفس القطع فلقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فاما ان اليد مفسرة باليمين فلقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما واما كونه من الزند فلما صح انه صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند واما الحسم فلقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولان الحسم مانع من نزف الدم المفضي الى الهلاك والهلاك غير مراد بل المراد حصول الزجر فكان الحسم مامورا به لذلك قال فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى وان سرق ثالثا خلد في حبسه حتى يتوب ولا يقطع يده اليسرى ثم رجله اليمنى في الرابعة اذا قطع السارق فعاد فسرق فانه قطعت رجله اليسرى من المفصل وحسمت كما مر فان عاد فسرق لا يقطع بل يخلد في السجن حتى يتوب ويظهر عليه سيما التائبين وذكر المشايخ انه يعزر ايضا بما رآه الامام زاجرا وقال الشافعي رحمه الله اذا سرق ثالثا قطعت يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى وهذه تفسير لما في المنظومة من قوله وتقطع الاطراف في المرات فانه اهمل الترتيب له قوله صلى الله عليه وسلم من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى على ما فصلناه في رواية اخرى ولان الحد شرع زاجرا والسرقة الثالثة مثل الاولى في القبح فيه تستدعي الزاجر عنها بل فوقها لانه قد عليها مع تقدم الزجر عن الاولى والثانية فكان ادعى اليها مع هذه الحالة ادعى الى شرعية الزجر ولنا قول علي رضي الله عنه في السارق بالثالثة اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فانقادوا له والقصد اجماعهم عليه ولان الحد شرع للزجر لا للاتلاف وفي قطع اطرافه اتلاف معنى لفوات جنس منفعة البطش والمشي ولان الاقدام مع تحقق الزجر مرتين في غاية الندرة فلا تعلق به الزاجر لانه فيما يغلب وجوده لا فيما يندر ولا يرد القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن استيفاؤه لان وجوبه للجبر لا لمحض الزجر وما رواه قد طعن الطحاوي وغيره من نقاد الحديث قال ولا تقطع اذا كانت يده اليسرى او رجله اليمنى شلاء او مقطوعة ه اذا كان السارق اقطع اليد اليسرى او اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او اشل الرجل اليمنى لم يقطع لان في القطع تفويت جنس منفعة البطش بقطع اليمنى وكذلك تفويت منفعة المشي لانه اذا قطعت يده اليمنى مقطوعة او شلا لا يستطيع المشي فلو كانت الابهام من اليد اليسرى مقطوعة او شلاء او كانت اصبعان منها سوى الابهام لان ذلك لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف الاصبعين فانهما تنزلان

منزلة الابهام في فوات البطش فقوله انهما قال وقاطع اليسار مامورا باليمين غير ضامن وضمانه في العمد ه اذا قال القاضي للحداد اقطع يمين هذا السارق فقطع يساره لا شيء عليه عند ابي حنيفة مطلقا عمدا كان او خطأ وقالا لا انه كان خطأ لم يضمن وان تعمد ذلك ضمنها ومذهب زفر وجوب الضمان مطلقا وهو القياس والمراد بهذا الخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اما اذا كان الخطأ في معرفة اليمين من اليسار لا يكون ذلك عذرا وقيل يجعل عذرا ايضا وجه القياس انه قطع يدا معصومة والخطأ موضوع في حق الله تعالى لا في العبد فيضمنها ولهما انه قطع يدا معصومة عمدا ولا تاويل له لتعمده الظلم فلا يعفى وان كان في الاجتهاد ذات يوجب ان يجب القصاص فلم يسقط للشبهة فتعين الضمان وله انه اتلف يساره واخلف يدا هو خير له منها فلم يكن متلفا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه اخر غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح وجواب زفر ان الخطأ في الاجتهاد موضوع وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال ان قال القاضي اقطع يده فقطع يساره لم يضمن وان قال اقطع يمينه فقطع يساره عمدا فعليه القصاص قال والشهادة بسرقة بقرة مع الاختلاف في لونها مقبولة رجلان شهد احدهما انه سرق بقرة سوداء والاخر انه سرق بقرة بيضاء تقبل الشهادة عند ابي حنيفة ويقطع السارق وقالا لا تقبل لان الشهادة لم تتم على السرقة واحدة فنزل منزلة اختلافهما في الذكورة والانوثة وكالغصب وكالاختلاف في القيمة وله ان هذا الاختلاف فيما لا يجب على الشهود ذكره مع امكان التوفيق بين الشهادتين لكون البقرة المشهود بسرقتها واحدة وكل من الشاهدين شاهد اللون الذي يذكره والبينة يجب العمل بها ما امكن وقد امكن بما ذكرنا فصارا اليه بخلاف الاختلاف في الذكورة والانوثة لعدم امكان التوفيق وبخلاف الغصب لانه يقع في النهار غالبا لانه اخذ مال على وجه الجلية والتفصي دون الخفية والاستسرار فيمكن الشاهدين الاحتياط في تحمل الشهادة وفي السرقة تحمل الشهادة يقع غالبا ليلا من بعيد فيقع في تحمل الشهادة في هذا التفاوت ويوفق بينهما لانه موضع اشتباه وبخلاف الاختلاف في القيمة لان الشهود مكلفون بذكر القيمة اذا كانت غائبة وبالاشارة اليها ان كانت حاضرة فاختلافهما كاختلافهما في نفس الشهادة قال ولو اقر عبد بسرقة نصاب معين فكذبه مولاه فالواجب القطع والرد الى المسروق منه ويقطعه ويجعل المال للمولى وافق في الثاني ه العبد المحجور عليه اذا اقر انه سرق هذه العشرة دراهم من مال فلان وكذبه المولى قال ابو حنيفة يقطع ويرد المال الى المقر بالسرقة منه وقال

ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى قوله وقوله في الباقي
ترتيب ذاته على مخالفته في الاول والموافقة والمخالفة راجعان الى ابي يوسف لانه اقرب المذكورين
ولو كان العبد اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده باتفاق من علمائنا ولو كان مأذونا له يقطع
في القائم والمستهلك وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان اقراره ورد على نفسه وطرفيه
وكل ذلك مال المولى فلم ينفذ اقراره على غيره الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان لصحة اقراره به
من جهة تسليط المولى اياه على ذلك ولنا ان العبد من حيث انه مال هو مملوك لا من حيث انه
ادمي مكلف والاقرار بالجناية من خواص الادمية لانه مبني على التكليف والتكليف من خواص
الادمية فكان اقراره بالجناية كاقرار الحر بها ثم يتعدى باقراره بالمال ضمنا وتبعا لا مقصودا
والاقرار ينفذ على غيره اذا لم يشتمل على تهمة كشهادة الواحد برؤية الهلال وهذا الاقرار صدر
ليس بل على المولى لعدم التهمة لمحمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل الا يرى انه لا يصح بالغصب
فكان في يده لمولاه والعبد لا يقطع في السرقة من مال مولاه ولان المال اصل والقطع تابع ولهذا
فان الخصومة تسمع في المال وحده وتثبت بان يقول اخذ مني ولا يقول سرق ولا يسمع في القطع
وحده ولا يثبت وقد بطل فيه وهو اصل فيبطل في التابع بخلاف المأذون لصحة الاقرار بالمال
فيصح في القطع تبعا ولابي يوسف ان اقراره تضمن شيئين القطع وهو على نفسه والمال وهو على
المولى فيصح فيما هو على نفسه لا فيما هو على مولاه والقطع يستحق بدون المال كما اذا قال الحر
الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي فانه يقطع والثوب لا يؤخذ من زيد
ولابي حنيفة ان اقراره بالقطع صحيح لما مر فيصح في المال مرتبا عليه اذ الاقرار يلاقي حالة البقاء
فانه اخبار بالسرقة بعد وجودها والمال حالة البقاء تابع للقطع الا يرى انه تسقط عصمة
المال بالقطع ولو كان اصلا لما سقط والقطع يستوفى مع استهلاك المال ولو كان اصلا لوجب
تمامه حال القطع بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع فلم يكن بان عمرا كان
مودعا لزيد اما العبد فلا يقطع بالسرقة من المولى فافترقا ولو كان المولى صدقه قطع العبد
في الفصول كلها لزوال المانع وهو حقه قال فاذا قطع والعين قائمة ردت وان كانت مستهلكة
لم يضمن والضمان به رواية ولم يعوا اسمها اليسارة ووقت القطع يمنعه مطلقا ه اذا قطع السارق
والعين المسروقة قائمة موجودة ردت الى صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت مستهلكة
لم يضمن فهذا هو المشهور وهو رواية ابي يوسف عنه واذا لم يضمن بالاستهلاك فاولى
ان لا يضمن بالهلاك وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يضمن في الهلاك ويضمن في الاستهلاك
وقال الشافعي يضمن في الهلاك والاستهلاك وقال ابن القاسم صاحب مالك رحمهما الله

يشترط يساره من حين السرقة الى القطع وقال اشهب يشترط يساره الى ان يقام عليه
السرقة وقد اشار في الكتاب الاول اعتبار العجز الحالي والقدرة الحالية الا انا نقول
ان وجب الضمان فحقه ليس بمسقط في الحال بل عند اليسار وان لم يجب الضمان وجب ان
لا يطالب به مطلقا لا في الحال ولا بعده وللشافعي ان القطع والضمان حقان مختلفا السبب
فيستوفى كل منهما ولا يمنع احدهما للاخر اما القطع فانه حق الشرع وسببه ترك الانتهاء
عما نهي عنه واما الضمان فحق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك
في الحرم فانه يجب فيه لحق المالك وقيمة اخرى لحق الحرم وكشرب خمر مملوك لذمي حيث يجب
القيمة والحد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعدما قطعت يده ولان في
ايجاب الضمان نفيا لوجوب القطع وكون القطع مانعا منه وهذا لان السارق يملك العين المسروقة
باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فلو قطع يكون مقطوعا باخذ ملكه وهو ممتنع وما يؤدي
الى نفي القطع المشروع اولى بالانتفاء فامتنع الضمان ولان عصمة المال يجب ان يكون حقا للشرع
ليمكن القطع لانها لو كانت حقا للعبد والحرام لحق العبد حرام لغيره لا لنفسه فيكون مباحا في
نفسه فيقوم اباحته فيقوم شبهة دارئة للحد فلا بد من جعل الحرمة حقا للشرع كالميتة
فيكون حراما في نفسه مطلقا فيجب الحد حينئذ وما كان حراما لحق الشرع لا يجب ضمانه ثم
من ضرورة الحاجة ماسة الى نقل العصمة من العبد الى الشرع في حق السرقة الموجبة للقطع والاستهلاك
فعل اخر غير السرقة فلم يمس الحاجة فيه الى تحويل العصمة فيكون معصوما حقا للعبد في حق
الاستهلاك فيجب الضمان ولان اعتبار الشبهة فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وجه
المشهور من الرواية ان الاستهلاك من تمام مقصود السرقة وهو اخراج المال المسروق عن صاحبه
فيتعدى اعتبار الشبهة اليه لكونه من تمام السرقة ولان سقوط العصمة في حق الضمان في فصل
الاستهلاك من ضرورة سقوطه في فصل الهلاك وهذا لانها لما سقطت في فصل الهلاك
فلو بقيت في فصل الاستهلاك حتى وجب الضمان لوجب من غير مماثلة بين البدلين لان المال المسروق
غير مضمون بالهلاك فيكون معصوما من وجه دون وجه والمال المأخوذ في مقابلته مضمون
بالهلاك والاستهلاك حتى لو اخذه من يده غاصب ضمنه مطلقا فيكون معصوما من كل وجه
فلو وجب الضمان لوجب مع انتفاء المماثلة بين البدلين وانه ممتنع شرعا قال ولو حضر احد
جماعة فقطع له فهو عن ضمان مطلقا وان حضر في غير الذي قطع بها ه اذا سرق سرقات
فحضر احدهم فخاصم فقطع بخصومته قال ابو حنيفة رضي الله عنه وقع القطع عن الكل
ولا يضمن لاحد منهم شيئا وقالا لا يضمن لغير من قطع بخصومته ولو حضروا جميعا وقطع بخصومتهم

لم يضمن شيئا بالاتفاق ولهما ان الخصومة ظهرت في حق الحاضر بدعواه ولم يظهر في حق الغائب
والظهور في حقهم متوقف على خصومتهم والحاضر ليس بنائب عنهم في ذلك فلم يظهر
السرقة في حقهم فلم يقع القطع لهم فبقيت اموالهم على عصمتها وله ان الواجب حقا لله تعالى
قطع واحد عن الكل لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط ظهورها عند القاضي فاذا
استوفى فالمستوفى واقع عن الكل ولهذا فان نفعه راجع اليهم جميعا واذا وقع لهم ارتفع الضمان
كما لو حضروا جميعا وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب لواحد يخاصمه في بعضها قال ولو
اشترك جماعة فحصل لكل نصاب قطعوا ولكلهم نصاب لم يقطعوهم ه هاتان مسئلتان
الاولى اذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم نصاب السرقة قطعوا لكمال السرقة
في حق كل واحد منهم وهتك الحرز وهذا بالاتفاق الثانية اذا اشتركوا في سرقة
ما صاب النصاب جميعهم ولم يتم في حق كل واحد منهم قال اصحابنا وهو مذهب
عبد الملك بن الماجشون من المالكية لا يقطعون وقال غير ابن الماجشون يقطعون على كل
حال ولنا ان الموجب للقطع هو سرقة النصاب والمطالب على كل واحد منهم بسبب
ما صدر عنه من الجناية فيقدر كمال النصاب في كل واحد منهم قال ولو حكم به فملك
المسروق او قطع فعاد فسرقها وهي هي لم يقطع اذا حكم القاضي على السارق بالقطع في سرقة
عين فملك المسروق اما بالهبة والتسليم واما بالبيع امتنع القطع عندنا وقال زفر والشافعي
يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة انعقدت موجبة للقطع وظهرت عند القاضي
وحكم بها وهذا العارض ليس مما يورث شبهة لان الملك اذا ثبت انه بعد تمام السرقة
كان شبهة وههنا الملك حادث بسبب حادث بعد الحكم وله ان الامضاء من القضاء
في باب الحدود لما مر فيشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء تقديرا وقد انقضت بالهبة
من السارق فلم يكن للقول بقيام الخصومة وقت الاستيفاء تقدير المسئلة الثانية اذا قطع
السارق في عين سرقها وهي قائمة فردت الى مالكها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع واحترز
بقوله وهي هي عما اذا تغيرت العين بان كان المسروق غزلا مثلا فقطع ثم رد على المالك فنسج فعاد
فسرقه قطع لتبدل العين ولهذا يملكه الغاصب بالنسج وهو علامة التبدل في كل محل وقال
الشافعي وهو رواية عن ابي يوسف وهو القياس يقطع لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير
تفصيل بين تبدل العين وعدمه ولان هذه السرقة انعقدت موجبة للقطع كالسرقة الاولى
بل اكمل باعتبار تقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم سرقه
ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المال لما تقدم بالرد وان عادت العصمة حقيقة

فقد بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف
ما استشهد به لاختلاف الملك باختلاف سببه وبخلاف ما اذا تبدلت العين لانتفاء الشبهة
الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه يوجب القطع ثانيا قال ولو ادعى ملكيتها لم يقطع
اذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه لم يقطع وان لم يقم بينة وقد نقل عن الشافعي
انه يقطع والمذكور في الوجيز ولو قال السارق سرقت ملكي سقط القطع بمجرد دعواه على النص
لانه صار خصما في المال فكيف يقطع بحلف غيره ولان دعواه محتملة للصدق فقامت الشبهة
الدارئة للحد قال ولو صبغه احمر لم يؤخذ منه ولم يضمنه وافتى باخذه مع ضمان الزيادة
له او اسود فلمالكه اخذه مجانا ومنعه وحكمه كالاحمر ه هاتان مسئلتان الاولى اذا سرق ثوبا
فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه ويعطى
ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ
موجود صورة ومعنى بدليل انه لو اراد اخذه فلا بد من ضمان ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب
ثابت صورة لا معنى لانه غير مضمون على السارق بتقدير الهلاك فرجحنا جانب السارق لان الترجيح
بالوجود ترجيح ذاتي وبالاصالة والتبعية ترجيح حالي والذاتي مقدم على الحالي لكونه اسبق
والمسئلة الثانية اذا صبغ اسود فان الثوب يؤخذ منه على قول ابي حنيفة ومحمد لان عند ابي
حنيفة يؤخذ مجانا لان السواد نقصان عنده على ما مر الكلام فيه في الغصب وعند محمد وان
كان زيادة الا انه لا يقطع حق المالك وعند ابي يوسف هو والاحمر سواء في انه لا يؤخذ منه
لانه زيادة وعنده قد ترجح جانب السارق لما ذكرنا في الحمرة ه

فصل فيما يقطع في سرقته وما لا يقطع وفي الحرز

قال ولا قطع في المباحة الاصل والمتعرضة للفساد ه الثمار الرطبة لا قطع في سرقتها
وكذلك ما كان مباح الاصل كالحطب والحشيش والقصب والسمك والطين والصيد والزرنيخ والمغرة
والنورة وكذلك ما كان متعرضا للفساد كاللبن واللحم والمرقة ونحو ذلك خلافا للشافعي رحمه
الله في الثلثة واساس الخلاف في الاخير مبني على الزوائد له ان السرقة تمت لكمال المالية
والعزة وتعلق المصالح بها ولهذا صلحت هذه الاشياء صداقا وفيما يتسارع اليه الفساد قد وجدت
السرقة على وجه الكمال في الحال وكمال المالية انما يعتبر حال السرقة لا فيما بعد الحال وتوهم
الفساد فيما بعد الحال لا يقدح في كمال المالية اذ التفاوت حال التفاعن معتبر ولنا في
المباح الاصل ان التفاهة وهي الاستحقاق وقلة الخطر في النفوس موجبة لقلة الخطر في هذه
الاعيان فالتحقت بما دون النصاب الا ترى انه مما لا يبالغ في احرازه ولا يقال عدم المبالغة

ذا شي عن كثرته في نفسه لا عن معنى راجع الى ذاته لانا نقول هذا علة قلة الخطر وزوال
الخطر عن الحقير تارة تكون لقلة ذلك الشي في نفسه كما دون النصاب وتارة تكون لكثرة
وجوده وحقارته في الطباع ولنا انها تتسارع اليها الفساد فان المالية فيه قاصرة والادخار
لحاجة الوقت دون ما في الحال فقامت الشبهة الدارئة للحد والثمار الرطبة في معناها
وقد قال عليه السلام لا قطع في الثمار ولا في اواه الحرز فنفيه القطع والجرين الموضع الذي يجمع
فيه الثمار اذا صرمت والمالح في العادة والجرين ما ينسب الى الثمار قال فيتناول منه الانكار
ذكر اصلا استغنى به عن تعداد الفروع وهذا كما اذا سرق الاشربة المطربة او الات اللهو والطرب
من الطبل والدف والمزمار والبربط والطنبور والنرد والشطرنج والصليب من الذهب لان السارق
لهذه الاشيا اذا قال سرقتها لاراقتها وكسرها صدق وكل هو ظاهر حال المسلم في السعي
في النهي عن المنكر وعن ابي يوسف ان صليب الذهب اذا كان في المصلى فلا قطع فيه لعدم
الحرز وان كان في بيت اخر قطع لكمال المالية فيه والحرز ولو سرق دراهم عليها صورة
فيما يثبل قطع لانها لا تعد للعبادة فلا تتوجه تاويل الكسر ولان في الاشربة ما ليس بمال ولا متقوم
وفي مالية بعضها وتقومه خلاف فتورث ذلك شبهة عدم المالية اصلا قال ولا في دفاتر
غير الحساب ش لان السارق لها تناول القراءة وما فيها هو المقصود بخلاف دفاتر الحساب لانه
يقصد ما فيها فكان المقصود كاغدها فيقطع اذا بلغ ثمنه نصابا ولو سرق الكواغد والجلود
قبل الكتابة قطع وفي كتب الادب روايتان قال ولا في سرقة صبي حر عليه حلي ومصحف
محلى ففي عنه في عبد صغير وكبير ش هذه مسايل الاولى قال ابو يوسف رحمه الله اذا سرق
سارق صبيا حرا وعليه حلي يبلغ نصابا يقطع وعنه انه لا يقطع لان الحلي مقصود بنفسه
يوجب سرقته وحده فكذا اذا سرقه مع غيره ولهما ان المسروق هو الصبي اصل وما عليه
من الحلي تبع له فاذا امتنع القطع عن الاصل فاولى ان يمتنع عن التبع الثانية اذا سرق مصحفا
عليه حلية يبلغ نصابا فعن ابي يوسف روايتان احدهما انه يقطع والاخرى كقولهما والعلة ما مرت
من الطرفين والاصل انه متى اجتمع دليلان احدهما يقتضي القطع والاخر ينفيه فان ذلك يورث
شبهة دارئة للحد ومثال ذلك اذا سرق اناء وزرد او شرابا في انا ذهب او فضة لم يقطع
فلو شرب الماء في الدار واخرج الاناء من الدار فارغا قطع لان مقصوده حينئذ هو الاناء رواه هشام
عن محمد الثالثة اذا سرق عبدا صغيرا يعقل فعند ابي يوسف لا قطع فيه كما لا قطع في العبد الكبير
وعندهما في الصغير القطع ولا قطع في الكبير وحد الصغير ان لا يعبر عن نفسه ولا يعقل وجه
قوله وهو الاستحسان انه ادمي من وجه ومال من وجه فاورث ذلك شبهة كما اذا سرق

الكبير ولهما انه مال مطلق ينتفع به في الحال سعيا وفي المال استخداما الا انه انضم
اليه معنى الادمية فلم يوجب ذلك نقصانا في المالية فلم يورث شبهة بخلاف الكبير لان اخذه
اما بالتواسطيه الخداع او الغصب فلم يكن سرقته لسبق يده على نفسه ولو كان صغيرا يتكلم
او يمشي يقوى والبالغ سوا لانه سبقت يده على نفسه فلم يعتبر يد السارق في السرقة اثبات اليد
على المسروق قال ويقطع في الساج والابنوس والقنا والصندل والعود والياقوت والفصوص
لان هذه الاشيا عزيزة مرغوب فيها ولا توجد جنسها مباحا في دار الاسلام بصورتها فصارت
كالنقدين والاحكام للثلثة الاخيرة زوايد قال وما اتخذ من الخشب ش اذا اتخذ
من الخشب اوان والات وابواب قطع في سرقتها لانها التحقت بالاموال النفيسة بواسطة
الصنعة فانها حرز بخلاف الحصير لان الصنعة ليست بغالبة على الجنس الا ترى انها تبسط في
غير الحرز وقيل يجب القطع بسرقة الحصر البغدادية لغلبة الصنعة على الاصل وهذا فيما يخف
حمله بحيث يستطيع الواحد نقله اما اذا كان ثقيلا لا يستقل الواحد به لا يقطع باخذه لقلة
الرغبة فيه قال لا في كلب وفهد لان جنسهما مباح ولا تكثر الرغبات في اقتنائه
ولان الخلاف في مالية الكلب يورث شبهة قال والانتهاب والاختلاس وجنايته ش لقوله
صلى الله عليه وسلم لا قطع على خائن ولا منتهب ولا مختلس وسيل علي رضي الله عنه عن المختلس
والمنتهب فقال تلك دعابة لا شي فيها ولان اسم السارق لا يتناوله فلا يدخل تحت النص ولفقد
الحرز في حق الخائن لكون المال غير محرز عنه والمنتهب والمختلس مجاهران فلم يكونا سارقين
قال ومن بيت المال والمغنم والمشترك ش اما السرقة من بيت المال فلا توجب القطع لان
المال للعامة والسارق احدهم فكان له فيه نصيب وكذلك السرقة من المغنم ومن المال المشترك
من السارق ومن المسروق منه فتحقق الشبهة باعتبار انه اخذ ماله من وجه قال
واصوله وفروعه ش اذا سرق من ابيه او امه او جده او جدته او سرق الوالد من ولده
او ولد ولده فلا قطع للانبساط الجاري بينهم في المال والحرز ولو سرق من امه من الرضاعة
قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها بغير استيذان واحتشام بخلاف الاخت
من الرضاعة لعدم هذا المعنى فيها عادة لموضع التهمة من حيث عدم الانس بها وبخلاف
الام رضاعا وجه الظاهر ان الحرمة بدون القرابة غير محرمة الا ترى انها تثبت
بالزنا وبالمس عن شهوة ولان الرضاع قلما يشتهر فلا تعرف الانبساط تحرزا عن التهمة بخلاف
النسب قال ونظوره في ذي الرحم المحرم واحد الزوجين من الاخر قالوا ولو كان
محرزا عنه ش هاهنا مسئلتان الاولى اذا سرق من ذي رحم محرم منه لم يقطع وقال

الشافعي يقطع بالسرقة منه لاطلاق النص وصار كالصديق يسرق من صديقه بخلاف قرابة
الولاد للمباسطة في المال والحرز ولنا انه مأذون شرعا في دخول الحرز ولهذا ابيح له
النظر الى مواضع الزينة الظاهرة من ذوات المحارم بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة
منه الثانية اذا سرق احد الزوجين من الاخر لا قطع عندنا وفي مذهب الشافعي اختلاف
اما من يستحق النفقة على المسروق منه بالعصبية انه لا يقطع وفي الزوجية خلاف فاذا قيل
يقطع الزوجة تقطع وان قيل لا تقطع الزوجة ففي قطع الزوج قولان لما بينهما من اتحاد
العين وان قيل لا تقطع بالزوجية ففي عبد الزوج وجهان ولا خلاف في مذهبه ان
ولد الزوج يقطع اذ يقطع ولد الاب وهو الاخ ووجه القطع اطلاق النص ولنا ان الانبساط
بين الازواج في الحرز والمال جار عادة فتحقق الشبهة الدارئة للحد ومذهب مالك رحمه الله
ان المال اذا كان محرزا ممنوعا عنه فسرقته موجبة للقطع لان الحرز والمنع لا يتحقق معه تأويل في
الدخول والاخذ فكانت سرقة محضة بلا شبهة فثبت موجبها ولنا ان التأويل ساغ
استنادا الى ما اطلقه العرف من الانبساط بين الازواج في الاموال والحرز ولهذا لا تقبل
شهادة احدهما للاخر عندنا لموضع التهمة الناشئة عن هذه الشبهة قال والسارق
من بيت ختنه او صهره لا يقطع والموجر من البيت المستأجر يقطع ش هاهنا مسئلتان احداهما
اذا سرق من بيت ختنه وهو زوج كل ذي رحم محرم منه او من بيت صهره وهو كل
ذي رحم محرم من امرأته لا يقطع عند ابي حنيفة وقالا يقطع والثانية اذا سرق الموجر مالا
من المستأجر من البيت الذي اجره قطع عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع لهما في الاولى
انه لا خلل في الحرز ولا في المال فيجب وله ان العادة جارية بدخول الرجل دون احتشام
واستئذان ولهذا يباح له النظر الى زوجات هؤلاء ويكثر منه زيارتهن عادة فيثبت الاذن
حقيقة او شبهة ولهما في الثانية ان الموجر له ان يدخل داره التي اجرها للمرمة والاصلاح
او للنظر الى ما اصلح منها فيثبت له الاذن فلا يقطع وله ان الدار المستأجرة كالمملوكة
للمستأجر في حق المنفعة الا ترى ان عقد الاجارة لا يمكن تصحيحه مضافا الى المنفعة نفسها
لانه عرض لا يبقى فاقيمت العين مقامها في انها تصير كالمملوكة له فيكون حصول المنفعة
على ملكه وهذا هو طريق تصحيح الاجارة من المستأجر الاول وكذا من الثاني والثالث
فينتفي خلل الواقع في الحرز وليس في المال شبهة فيجب القطع واما الدخول للمرمة والاصلاح
فمختص بما اذا اذن له المستأجر صريحا قال ولا قطع على السارق من غريمه مثل حقه
مطلقا ش اذا سرق الرجل من غريمه مثل حقه الذي عليه لم يقطع لانه مستوف حقه

ومعنى قوله مطلقا اي مؤجلا كان الحق او حالا لان الحق ثابت على كل تقدير والتاجيل
لتاخير المطالبة ويدخل في الاطلاق ما اذا سرق اكثر من قدر حقه لانه يصير شريكا
بقدر حقه فيما سرق ولا يقطع من سرقة المال المشترك ويدخل في الاطلاق ما اذا سرق اجود
من حقه او اردأ منه لاتحاد الجنس وانما قال مثل حقه احترازا عما اذا سرق خلاف جنس ماله عليه
كما اذا كان له دراهم فسرق عروضا لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بواسطة البيع بالتراضي
وعن ابي يوسف انه لا يقطع نظرا الى الاختلاف في جواز اخذه قضاء عن حقه او رهنا به عند
بعضهم واثارة الخلاف شبهة دارئة للحد الا ان الجواب ان ذلك القول لم يستند الى دليل
ظاهر فلم يعتبر بنفسه حتى اذا ادعى السارق انه سرق كذلك صدق لانها دعوى في موضع
الخلاف ولو كان له دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاستيفاء من خلاف الجنس
وقيل لا يقطع نظرا الى اتحاد الجنس من حيث ثمنيتها النقد وهذه المسئلة زائدة قال
ولا من سيده او امرأة سيده او زوج سيدته ولا من مكاتبه ش اذا سرق العبد من سيده او من
امرأة سيده او من زوج سيدته فلا يقطع لانه مأذون له في الدخول عادة فتمكنت الشبهة
في الحرز واما المولى اذا سرق من مكاتبه لا يقطع لان له حقا في اكساب مكاتبه وكذلك لو سرق
المكاتب من مولاه لانه بمنزلة العبد وضيفه ش لا يقطع الضيف اذا سرق من بيت من اضافه
لانه اذن له في دخول بيته فلم يبق حرزا في حقه فكان فعله خيانة لا سرقة ولا قطع على الخائن
قال ومن بيت مأذون في دخوله وحمام نهارا ش البيت المأذون في دخوله لا يقطع بالسرقة
منه كالحانات وحوانيت التجار اذا كانت السرقة نهارا فلو سرق منها او من الحمام ليلا قطع
لانه وان اذن في دخوله لكن الاذن يختص بالنهار فيكون حرزا اما بالليل لانها بنيت للحفظ
وما جرت العادة بدخوله في بعض الليل يلحق بالنهار لحصول الاذن فان طلب الحرز دار مع الاذن
قال ويقطع فيما احرز بالحافظ بمجرد اخذه ولو من مسجد مستيقظا كان او نائما وفي المحرز
بالمكان باخراجه والحفظ في الحمام معتبر وظاهر المذهب اعتباره كما افتى به ش الحرز على
ضربين حرز بالمكان وحرز بالحافظ ولا بد من اعتبار الحرز في السرقة لان الاستسرار لا يتحقق
دونه فالحرز بالمكان ما يعد لاحراز الامتعة فيه كالدور والبيوت والصندوق والحانوت
والحرز بالحافظ كمن جلس في الصحراء او في المسجد او في الطريق ومعه متاع يحفظه وسواء
كان مستيقظا او نائما او كان المتاع عنده او تحته هو الصحيح اما اذا كان مستيقظا
فظاهر واما اذا كان نائما فلانه صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان من تحت
راسه وهو نائم في المسجد ولانه يعد حافظا عادة سواء كان المتاع تحته او عنده وعلى هذا

لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا المتاع بمثل هذا الحفظ بخلاف ما اختاره في الفتاوى
وذكره صاحب الهداية ثم الحرز بالحافظ انما يعتبر اذا عدم الحرز بالمكان لان الحرز بالمكان
بان المال به يصير مصونا محصنا ولا يصير كذلك بالحافظ فكان دونه فنزل منه منزلة البدل
والخلف من الاصل ثم الحرز بالحافظ يثبت السرقة بحرز الاخذ لزوال يد الحافظ بذلك
وما احرز بالمكان لا يقطع السارق بالسرقة منه ما لم يخرجه من ذلك المكان لقيام اليد عليه
بتمكن الاخراج وهذان من الزوايد والمسجد ليس بمبني لاحراز الامتعة فكان كالصحراء
فاعتبر الحفظ فيه واما الحمام فظاهر المذهب وعليه الفتوى ما قاله بعد انه لا يقطع منه
اذا كان يحرز الحافظ وقال ابو حنيفة يقطع للحفظ فيه ونزلا الحمام منزلة المسجد والصحراء
ووجه ظاهر المذهب انه حرز مكاني لانه مبني لحفظ الامتعة فيه كسائر البيوت الا انه
اختل الحرز بسبب الاذن في دخوله فلم يعتبر الحرز بالحافظ بخلاف المسجد لانه ليس بحرز اصلا
فاعتبر فيه الاحتراز قال ويقطع النباش اذا نبش قبرا واخذ الكفن منه قطع
عند ابي يوسف سواء كان القبر في بيت مقفول او كان في الصحراء وقال ابو حنيفة ومحمد
لا يقطع ومذهب الشافعي كمذهب ابي يوسف في القبر في البيت المحرز المحروس وفي مقابر البلاد
وجهان في مذهبه ان لا قطع في نبش قبر في برية ضايعة لهما ان كمال المالية والحرز ثابت
مترتب على السرقة موجبها اما كمال المالية فلان الاثواب المسروقة صالحة لاقامة المصالح بها
واما الحرز فلان القبر حرز للميت وللكفن اذ هو سنة ولابي حنيفة ومحمد ان السرقة
اخذ المال خفية واستسرارا بالحيلة للتمكن من الاخذ وهذا يقتضي وجود حافظ ليكون
بالاخفاء محتالا على التمكن من الاخذ ولا حافظ ههنا والميت لا يصلح حافظا ولا قبره لانه لم
يحفظ الكفن بل لحفظ الميت رعاية لحقه باخفايه عن اعين الناس فكان الاخفاء للاستحياء
من هذا الصنع القبيح كالاختفاء في سائر الفواحش فلم يكمل السرقة فلم يتناوله النص
ولان الشبهة في الملك فانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وكذلك الشبهة
ثابتة في المقصود من الحد لانه شرع للزجر والزجر يستدعي كثرة وقوع الجناية وهنا نادرة
الوجود وما روي من نبش قطعناه معارض بقوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش
في لغة اهل المدينة او يحمل على السياسة قال ولو نقب ودخل وناول المال خارجا
لم يقطعا اه اذا نقب السارق البيت فدخله واخذ المتاع وناوله آخر خارج البيت فلا قطع
على واحد منهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه
من الدار واما الثاني فلم يوجد منه هتك الحرز فلم يوجد السرقة من كل واحد منهما

قال فان ادخل يده فتناول منه بان نقبهما ويقطعه لو انقب بيتا وادخل يده
كما لو اخذ من الكم او الصندوق اه هذه ثلث مسايل الاولى وهي من الزوايد قال ابو
يوسف اذا نقب اللص البيت ودخل واخذ المتاع ومعه آخر خارج الدار فادخل يده اليه
وتناول المتاع منه قطع الداخل والخارج وقال ابو حنيفة ومحمد لا يقطعان كما لو ناول
الداخل الخارج ولم يدخل الخارج يده ولا الداخل يده وعن ابي يوسف فيما اذا اخرج الداخل يده
وناوله الخارج انه يقطع الداخل وحده والثانية اذا كان اللص وحده فنقب البيت والمتاع
قريب من النقب فادخل يده واخذه قال ابو يوسف يقطع وقالا لا يقطع والثالثة اذا نقب
صندوق الصيرفي او ادخل يده في كم غيره فاخذ النصاب منه قطع اجماعا فابو يوسف
قاس تينك الصورتين على هذه الصورة والجامع اخذ المال المعصوم خفية من حرز لا شبهة فيه
ولهما وهو الفرق ان هتك الحرز كامل في الصندوق والكم وقاصر في البيت وقصوره
يورث الشبهة الدارئة للحد لان كمال الهتك في البيت بالدخول فيه عادة لكونه ممكنا
فيشترط وليس بممكن في الكم والصندوق فاعتبر ادخال اليد قال ولو القاه ثم خرج
فاخذه قطعناه اه اذا نقب اللص بيتا ودخل فاخذ المتاع والقاه خارج الدار ثم خرج بغير
شيء فاخذه من الطريق يقطع وقال زفر لا يقطع لان الالقا لا يكون موجبا للقطع فصار كما لو خرج
ولم ياخذه من الطريق لا يكون موجبا للقطع فصار كما لو اخذه ولنا ان السراق يحتالون
بالرمي عند تعذر الخروج بالمتاع او ليتفرغ الخاطر للذب عن نفسه او للفرار خفا ولما لم يعترض
على المتاع المسروق يد اخرى معتبرة كان الكل فعلا واحدا حكما وانما لم يقطع اذا لم ياخذه لانه لم يوجد
مضيعا لا سارقا وكذلك اذا اخذه غيره لاعتراض اليد المعتبرة والقاطع للنسبة اليه قال
ولو حمله على دابة فساقها حتى خرجت قطع اه لان سير الدابة مضاف اليه بواسطة سوقها
فكان الاخراج من فعله حكما قال وقطعنا جماعة تولى بعضهم الاخذ لا هذا وحده اه
اذا دخل جماعة الحرز وتولى بعضهم اخذ المال وحمله فالقياس وهو قول زفر انه يقطع
الحامل وحده لان السرقة تمت به وحده فيترتب عليه موجبها والاستحسان ان يقطعوا جميعا
لان الاخراج وان كان من احدهم صورة لكنه من الجميع معنى للتعاون على ذلك كما في قطع
الطريق وهذا ظاهر فانهم معتادون ان يحملوا احدهم المتاع ويتشمر الباقون للذب عنه وعنهم
ويحفظ من يقدم عليهم فلو امتنع الحد بذلك افضى الى سد باب الحد قال ولو شق
الثوب ثم اخرجه لم يقطعه اه السارق اذا شق الثوب المسروق في الحرز ثم اخرجه من الحرز قال
ابو يوسف لا يقطع لانعقاد سبب ملكه في المسروق وهو الشق فانه موجب للضمان والتملك

ثبتت الشبهة المانعة عن الحد ولهما ان الشق جناية مضافة الى الجناية السرقة فلا
يصلح سببا للملك لكن المالك اذا اختار تضمينه تملكه مستندا الى السبب فلم تثبت الشبهة

فصل في قطاع الطريق

قال اذا خرج جماعة ممتنعون او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة
وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف
وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا وان قتلوا واخذوا مالا فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع
والصلب وان شاء اكتفى بالقتل او الصلب كما قال او يامر بالصلب مطلقا في رواية الاصل
في هذا الفصل قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا
ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذكر تعالى اربعة اجزية
والمراد والله اعلم توزيعها على هذه الاحوال الاربعة المذكورة في الكتاب اذ من الحالات
ما يقابل الجناية الغليظة باخف العقوبات واخفها باغلظها فكانت الحكمة الالهية مقتضية ان
يكون مرتبة رعاية للعدل بين الجناية وموجبها اما الحالة الاولى فهي ما اذا خرجوا ممتنعين
فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة والحبس هو النفي
المذكور في الاية لان الحبس نفي لهم وتشريدهم عن وجه الارض ودفع لفسادهم وهذا لان
النفي من جميع وجه الارض حقيقة غير مراد لاستحالته وكذلك نفيه من بلده لان النفي لدفع
الشر ولا يحصل ذلك من غير اهل بلده وكذا نفيه عن دار الاسلام الى دار الحرب لان في ذلك
تعريضه للردة فتعين ان يكون المراد به نفيه عن جميع وجه الارض الا عن موضع حبسه لان ذلك
يدفع شره مطلقا وقد يسمى المحبوس خارجا من الدنيا في قول بعضهم خرجنا من الدنيا
ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا
وللامام ان يعزرهم مع الحبس لانهم باشروا منكرا وهو الاخافة وانما شرط الامتناع لان المحاربة
لا تتحقق من غير منعة الحالة الثانية اذا اخذوا مال مسلم او ذمي والمال اذا قسم على جماعتهم
اصاب كل واحد منهم نصاب السرقة او ما قيمته نصاب قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف
وانما شرط ان يكون المال لمسلم او ذمي ليكون عصمة المال الماخوذ مؤبدة حتى لو قطع الطريق على المستامن
لا يجب القطع ولا يقال ان الاية نزلت في حق قوم كانوا قصدوا من الاسلام فوجب ان لا يشترط
كون المال الماخوذ لمسلم او ذمي لانا نقول معناه انهم اسلموا او جاءوا الى دار الاسلام فهاجروا
ثم قتلوا وقصدوا الاسلام الا ان من خرج من دار الحرب الى دار الاسلام ووصل الى دار الاسلام
فهو بمنزلة اهل الذمة لا يجوز التعرض لهم ذكر في المبسوط وشرط ان يصيب كل منهم نصاب

لئلا يستباح طرفه الا بتناول المال الذي له خطر والمراد قطع اليد اليمنى وقطع الرجل اليسرى
كيلا يؤدي الى تفويت جنس منفعة البطش والمشي وهذه الجناية مقابلة بقوله تعالى او تقطع
ايديهم وارجلهم من خلاف الحالة الثالثة ان يقتلوا ولا ياخذوا مالا وهؤلاء يقتلون حدا وقد
دل في المتن على انهم قتلوا لا غير بقوله بعد ذلك فان جمعوا بين القتل واخذ المال فذكر الجمع بعد
ذلك قرينة دالة على ان مراده بقوله قتلوا اي ولم ياخذوا مالا ولان مقتضى التسليم بما يدل عليه
ايضا فاستغنى عن التصريح وهو ايهم اما ان لا يقتلوا ولا ياخذوا واما لا او ياخذوا ولا يقتلوا وقوله
حدا يفيد ان هذا القتل حق الله تعالى فلا يفيد عفو الاولياء عنه لان العفو انما يعتد فيما هو حق
العبد وهذا حق الشرع وهذه الجناية مقابلة بقوله تعالى ان يقتلوا وانما كان هذا القتل حق
قرين الشرع لانها جناية على حقه فيكون الجزاء حقه وهذا لان قاطع الطريق يحارب الله تعالى بان الناس
في المفاوز لا اتكال لهم على ما يعصمهم من القطع من امنه ولا حصون ولكنهم مسلمون على
امان الله وحفظه فالمتعرض لهم كانه يحارب الله تعالى ويبارزه الحالة الرابعة ان جمعوا بين قتل
النفس واخذ المال فقال ابو حنيفة رضي الله عنه الامام مخير بين امرين ان شاء جمع عليهم بين القتل
والصلب والقطع من خلاف وان شاء اكتفى اما بالقتل واما بالصلب وقال ابو يوسف ومحمد
يكتفي الامام بالقتل او الصلب ولا يجمع اليه القطع وظاهر الرواية هو التخيير بين القتل والصلب وعن
ابي يوسف انه لا يترك الصلب مطلقا لانه منصوص عليه والمقصود هو الشهرة للاعتبار ووجه
ظاهر الرواية ان اصل الشهرة حاصلة بالقتل وكمالها بالصلب فيخير الامام في الاقتصار والجمع
وهذه الرواية من الزوائد ولهما في ان الامام يكتفي باحدهما ان الجناية واحدة وهي
قطع الطريق فيكتفي فيها بعقوبة واحدة كمن قطع يد انسان عمدا وقتله عمدا فانه يقتل
ويدخل الاطراف في النفس وكما اذا سرق ثم زنا محصنا فانه يرجم ولا يقطع وله انها عقوبة
واحدة من حيث انها قطع الطريق لكنها مغلظة من حيث اشتمالها على القتل واخذ
المال وفي ذلك تفويت الامن الى الغاية القصوى فيغلظ موجبها ولهذا كان قطع اليد والرجل
معا في الكبرى حدا واحدا وان كان في الصغرى حدين والتداخل انما يكون في الحدود وهذا
حد واحد ولا يقال هذا فاسد لان للامام مراعاة الترتيب في اجزاء حد واحد فكان له ان
يبدأ بالقتل ثم اذا فعله فلا فائدة في القطع بعد القتل فلا يشتغل به كالزاني اذا جلد خمسين
وهو حر ثم مات يترك ما بقي ووجه اخر ان هذه جناية واحدة صورة من حيث انها قطع
الطريق وجنايتان حقيقة من حيث القتل واخذ المال ولكل واحد منها عند الانفراد
حكم فاذا اجتمعا خير الامام فان شاء مال الى جهة الاتحاد وان شاء مال الى جهة التعدد

على النفس ويدع القطع لانه لا يتعلق ... انتقصت لا بمل البدا ... لتيه ذلك

قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ه وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم
يصلب توقيا عن المثلة ووجه المذكور في الكتاب واليه مال الكرخي ان الصلب على هذا
الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يترك اكثر من ثلثة ايام ه لان في تركه اكثر
من ذلك ايذاء للناس لانه يتغير فيتاذون وعن ابي يوسف انه يترك حتى يتقطع ويسقط ميلا الى زيادة
الاعتبار بحاله وهو ابلغ في الردع ووجه الظاهر ان ذلك حاصل بما تقدم فلا حاجة
الى هذه المبالغة لانها غير مطلوبة قال ويقتلون بمباشرة احدهم ه اذا كانوا
جماعة فباشر القتل واحد منهم اجري القتل على جماعتهم لان هذا القتل جزاء المحاربة
والمحاربة تتحقق بان يحفظ بعضهم بعضا وبما يقوا عنهم ومباشرة الواحد مستندة الى
قوة الباقين فيكونون واقفا فيهم معنى قال وان كان فيهم صغيرا او مجنون او ذو رحم
محرم من المقطوع عليه او اخذوا وبعد التوبة وقد قتل عمدا صار القتل الى الاوليا ه اما
اذا كان فيهم صبي او مجنون فسقوط الحد عن الباقين قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف
انه اذا باشر العقلا منهم القتل يحد الباقون وكذلك الخلاف في السرقة الصغرى له
ان المباشرة هو الاصل والردء تبع فالمباشر اذا كان عاقلا فلا خلل في مباشرته ولا اعتبار
بالخلل في التابع ولو كان المباشر هو الصبي فالحكم بالعكس لوقوع الخلل في الاصل ولهما
انها جناية واحدة قامت بالكل وفعل بعضهم غير موجب فكان فعل الباقين بعض العلة
فلا يترتب عليه الحكم وصار كالخاطي مع العامد واما ذو الرحم المحرم من المقطوع عليه
الطريق فالحكم مطلقا اي سوا كان المال الماخوذ مشتركا بين من قطع عليهم الطريق او غير
مشترك وقد قيل ان الحكم يختص بما اذا كان المال مشتركا والاول هو الاصح ذكره صاحب
الهداية لان الجناية واحدة فاذا امتنع الحد في البعض امتنع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان
فيهم مستامن لان الخلل المعتبر في العصمة انها مخصوصة به وهاهنا الخلل في الحرز والقافلة
حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاوليا فان شاوا استوفوه وان شاوا عفوا عنه
واما اذا اخذ قاطع الطريق بعدما تاب وقد قتل عمدا فقتله الى الولي القتل ايضا لان الحد هاهنا
لا يقام بعد التوبة لاجل الاستثناء في اخر الاية ولان التوبة يتوقف على ان يرد المال الى من اخذه
منه فاذا رده انقطعت الخصومة بين رب المال وبين القاطع والامام انما يقيم الحد بعد خصومة
صاحب المال في ماله وقد انقطعت بوصوله اليه فبقي المرافعة الى الامام فظهر الجناية عنده
فلا يقام الحد الذي هو حق الله تعالى فيظهر حق العبد في النفس والمال فيستوفي الولي القصاص ان
شا او يعفو ويجب ضمان المال اذا هلك في يده او استهلكه وهذه من الزوائد قال

ولو قطع الطريق بقرب العمران بغتة او اخذ في المصر لا مغالبة لا يجعله قاطعا بل يحبس ويؤدب
ويسترد ما اخذ ويجري في القتل ه اذا قطع الطريق ليلا او نهارا اي في المصر او بين القرى
المتقاربة لا يكون قاطعا للطريق استحسانا وفي القياس وهو قول الشافعي رحمه الله يكون
قاطعا لوجوده حقيقة وقوله لمنعة يشير الى ضعف قوة السلطان لان البعد عن الغوث شرط في
مذهبه لانه بقرب العمران يعتمد على الهرب الى العامر الى شوكته فاذا ضعفت قوة السلطان كان
قاطع الطريق في المصر وبقرب العامر مستندا الى منعته وشوكته فيكون في الحكم كالبعيد عن الغوث
ولو دخل دارا ليلا واخذ المال مكابرة ومنع من الاستغاثة في ريب قوة السلطان ففي كونه
قاطعا او سارقا وجهان في مذهبه وعن ابي يوسف انه يكون قاطعا اذا كان خارج المصر
وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ايضا ان قاتلوا نهارا بالسلاح او قاتلوا ليلا بسلاح او
او خشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث فلم يلحق الغوث ولذلك يبطي لحوقه بالليل فكان
الخشب كالسلاح فيه ونحن نقول ان قطع الطريق حقيقة هو قطع المارة وذلك لا يتحقق
في المصر ولا بقربه لحوق الجناية وان قتلوا فالامر فيه الى الولي ان شا اقتص وان شا عفى لما مر ه

كتاب الصيد والذبائح

قال يجوز صيد الحيوان الممتنع مطلقا بالسهام المحددة والجوارح المعلمة كالبازي يعود اذا
دعي والكلب يترك الاكل ويتقدم المدة الى المعلم كالاثلث مرات وهو دابه ثم الصيد مصدر صاد
يصيد ويطلق على المصاد وبتاويله الخلق والخلق هذا خلق الله اي مخلوقه ولهذا قال اصحابنا اذا
حلف بعلم الله لا يكون يمينا اذ المراد معلومه والمراد هاهنا الاصطياد وهو جائز لغير المحرم وفي
غير الحرم بقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا واحل لكم صيد البحر وطعامه وحرم عليكم
صيد البر ما دمتم حرما احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين وقوله عليه
السلام الصيد لمن اخذه وقوله لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل واذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل وعلى اباحته الاجماع ويجوز صيد الحيوان
مطلقا ما يوكل منه وما لا يوكل اما قيد الامتناع فان الصيد عبارة عنه ولان الجرح انما يقام مقام الذكاة
الاختيارية ضرورة العجز الا في الممتنع حتى لو رمى ظبيا مربوطا وهو يظنه صيدا فاصاب ظبيا
اخر لم يوكل لانه بالربط خرج عن الامتناع فخرج عن ان يكون صيدا ولو رمى بعيرا كذلك فاصاب
صيدا اخر حل لان البعير لما ند صار صيدا ويريد بقوله مطلقا ما يوكل منه وما لا يوكل اما ما يوكل
فيصاد لحمه وما لا يوكل لحمه للانتفاع بشعره او جلده او لدفع شره والنص مطلق يتناول الكل ويجوز
الاصطياد بالسهام المحددة والجوارح المعلمة اما السهام المحددة فلانه جارحة واما الجوارح فكالكلب

والفهد وسائر السباع المعلمة وعن ابي يوسف انه استثنى الاسد والدب ذلك لعلو همته
وهذا لخساسته فلا يتعلمان وألحق بعض المشايخ بهما الحدأة لخساستها والخنزير مستثنى لكونه نجس
العين فلا ينتفع به وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا
بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته حيا فتذكيه والاصل في ذلك قوله تعالى
وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب والمكلبين المسلطين فيعم والكل بعمومه وعن
ابي يوسف ان يفترسه الفهد والنمر جوازا مرة لانه لا يتأدب بترك الاكل والبازي ايضا لا يترك
الاكل لكن ان صار معلما فيفترسه وحمان لان جنس الطيور لا بد لها من جارحة وتعليم جوارح
الطيور بترك الاكل متعذر لانها لا تحتمل الضرب من التعليم شرط لانه منصوص عليه ولانه
انما يصير آلة اذا كان عاملا للمرسل وذلك بالتعليم وتعليم الاكل ان يترك الاكل ولم يقدر ابو حنيفة
مدة في ترك الاكل بل جعل ذلك مفوضا الى رأي الحاكم ولا تعليمه ان يترك الاكل ثلث مرات
وقولهما رواية عن ابي حنيفة والسنة عليها من الزوائد وتعليم البازي ان يرجع الى دعوته
وهذا ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما والتعليم يكون بترك ما هو مالوف ذلك الحيوان والوحش
والنفار عادة البازي فاذا اجاب اذا دعي فقد ترك مالوفه وذلك آية تعلمه واما الكلب مالوف
الا انه يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب وبدنه يحتمل
التعليم بالضرب فيعلم به والبازي لا يحتمله فيعلم بغير ذلك والفهد له عادة السبعية والنفار
يجمع عليه الامرين وجه التقدير بالمرات الثلاث ان ما دونها يحتمل الترك شبعا والترك
ثلثا دليل الاعتياد والثلث مدة مضروبة في الشرع لابلاء الاعذار ووجه قول ابي حنيفة رضي
الله عنه ان المقادير لا تعرف اجتهادا وانما طريقها السماع ولا سمع فيفوض الى رأي الخبير بتلك
الصناعة كما هو اصل ابي حنيفة في جنس هذه المسئلة وهي الرواية التي بعضها على الثلث اذا اكل
ما صاده بالثالث حل وعندهما اذا ترك الاكل ثلثا لا يوكل الثالث لانه انما يصير معلما بعد الثلث
وقبل الحكم بانه معلم يكون الثالث صيد كلب غير معلم فلا يحل وله ان الترك بالثالث تعليمه
فكان صيد جارحة معلمة قال واذا ارسل المسلم او الذمي او رمى سهما فجرح فمات حل وان
حقه حرمه وان ادركه حيا لا يحل الا بالذكاة اذا تمكن ثم اشتراط كون الرامي او مرسل
الكلب مسلما او ذميا فلان الصيد ذكاته اضطرار معتبر بالاختيارية ولا يجوز اكل
ذبيحة غيرهما فيجب الذكاة وقوله اذا تمكن يعني اذا تمكن شرط في ذكاة ما ادركه حيا واما
اشتراط التسمية فلقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك فذكرت اسم الله عليه فكل شرط التسمية
لحل الاكل ونصب سببا على الحال فيفيد بذلك ان الحال التسمية بالارسال والرمي لان الحال يقارن

ذا الحال فيجب ان تكون التسمية مقارنة للارسال والرمي ولان الجارح آلة والذبح لا يحصل
بمجرد الآلة لكن باستعماله فنزل الارسال منزلة رمي السهم وامرار السكين فيشترط التسمية
عنده ولو ترك التسمية ناسيا حل ولو ترك عامدا لم يحل خلافا للشافعي وقد بيناه في فصل
الذبح واما الجرح فشرط في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وجه
الظاهر ان الجرح يتحقق به الذكاة الاضطرارية وهي حصول الجرح في اي موضع كان من البدن
بالآلة التي استعملها للصيد فكان الجرح بها منسوبا اليه وفي النص بقوله من الجوارح اشارة الى
اشتراطه بتاويل الاستفعال من الجراحة وهذا التاويل اولى بالاعتماد من الكاسب اذ لا منافاة
بينهما مع ما في الاشتراط من الاخذ باليقين واذا خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل لانه
من اشتراط الجرح وفي هذا دليل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر منه
عضوا فمات حل لان الكسر جراحة باطنة فاعتبرت بالظاهرة ووجه الاول ان المعتبر انما
هو الجرح الذي يكون سببا لانهار الدم والكسر لا ينتهض بذلك فكان كالخنق واذا
ادرك الصيد حيا لا يحل الا ان يذكيه لان الارسال والرمي انما يقام مقام الذكاة الاختيارية
بحكم الضرورة فاذا اخرج الصيد فمات فقد حصل الموت مضافا الى الآلة المستعملة في الذكاة
الاضطرارية فحصل المقصود بها واذا ادركه وهو حي لم يحصل المقصود وهو اباحة الاكل
من الذكاة الاضطرارية لقدرته على الذكاة الاختيارية وحكم البدل يبطل بالقدرة على
الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فيجب الذكاة قال ولو وقع في يده ولم يتمكن
وحياته فوق حركة المذبوح حرم والحل رواية ه اذا ادركه حيا ولم يتمكن من ذبحه وهو
في يده وبه حياة تزيد على حياة المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه يحل ووجهه انه غير قادر على الاصل وهو الذبح فاكتفي بالذكاة الاضطرارية كما اذا
رأى المتيمم الماء وهو غير قادر على استعماله ووجه ظاهر الرواية انه قادر على الذكاة الاختيارية
باعتبار ثبوت يده على الصيد وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار حقيقته
لاحتياجه الى مدة يتفاوت فيها الناس حسب تفاوتهم في معرفة الذبح والاقدام عليه
فادير الحكم على ثبوت يده عليه وانما شرط كون الحياة فوق حياة المذبوح لانه اذا
بقي فيه ما يبقى في المذبوح من الحركة فهو ميت حكما لا اعتبار به الا ترى انه لو وقع في الماء
في هذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت ولو وقع في يد صاحبه قبل ان يشق بطنه
واخرج ما فيه حل لان الباقي فيه من الحياة حركة اضطراب المذبوح فلم يعتبر كما لو وقعت
شاة في الماء بعد الذبح وانما يعتبر من الحياة ما يتوهم معها البقاء وقيل هذا الجواب في قولهما

وعند أبي حنيفة لا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده وهو حي فلا يحل إلا بذكاة الاختيار والروايتان وفيما إذا تمكن زائد قال ولو ذكى المنخنقة أو الموقوذة أو المتردية أو النطيحة أو ما بقر الذئب بطنها وفيها حياة حلت وإن كانت بحيث تبقى يوما شرطي رواية ويعتبر أكثره لا فوق حياة المذبوح ه إذا أدرك المنخنقة أو الموقوذة أو المتردية أو النطيحة أو التي بقر الذئب بطنها وفيها حياة خفية فذكاها حلت في ظاهر الرواية عليها الفتوى في وجهها لاستثناء المذكور في الآية وهو قوله إلا ما ذكيتم من غير فصل يوجب الحل بالإطلاق وروي عن أبي حنيفة أنها إنما تحل إذا كانت بحال تعيش يوما لولا الذبح لأنها إذا لم يكن بهذه الحالة لا يدري أنها ماتت بالذكاة أم ميتة لأن زهاق روحها بالذي أصابها قبل الذكاة فلا يثبت الحل بالشك وعن أبي يوسف أنه اعتبر كونها بحالة تعيش أكثر اليوم إقامة للأكثر مقام الكل كذا ذكر في المنظومة وقال في الهداية وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وعند محمد إن الباقي فيها من الحياة إن كان أكثر مما يكون في المذكى يؤكل وإلا فلا لأنه لا معتبر بتلك الحياة كما بينا فاعتبر الزيادة عليها قال وإذا وقع في الماء أو على سطح أو جبل ثم تردى إلى الأرض حرم لا على الأرض ابتداء ه أما الأول فلأنه متردية فيحرم بالنص ولأن موتها يحتمل أن يكون بغير الذبح فإن الماء مهلك والسقوط من حالق يهلك ومنه حديث عدي رضي الله عنه وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وأما الثاني فهو من الزوائد فلأن السقوط على الأرض ابتداء لا يمكن التحرز عنه ولو اعتبر كان ذلك سدا لباب الاصطياد بخلاف الأول لإمكان الاحتراز عنه والأصل الفارق أن سبب الحل والحرمة إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جانب الحرمة احتياطا وإن لم يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع وإذا وقع على شجرة أو قصبة أو حرف آجرة لم يؤكل لاحتمال أنه مات بهذه الأشياء وطير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل وإلا أكل لإمكان الاحتراز عن الأول دون الثاني قال ولو غاب فلم يقعد عن طلبه فوجده ميتا حل له إذا رمى سهما فأصاب صيدا فجرحه فتوارى عنه فلم يزل في طلبه حتى أدركه ميتا حل أكله وإن قعد عن طلبه ثم أدركه ميتا حرم وللشافعي فيما إذا أدركه ميتا ليس فيه أثر غير سهمه قولان في حله ولو كان فيه أثر آخر حرم وجه القول بالتحريم قوله صلى الله عليه وسلم كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء لغة هو أن يموت المرمي بإصابة سهمك قبل أن يغيب عنك والإنماء أن يموت بعد ما غاب عنك ولنا أن توارى الصيد من ضرورات الاصطياد ظاهرا خصوصا في البوادي والموت بعد لوجدان جرحا أن يكون مضافا إليه وإلى غيره

فلا ينبغي أن يحل بالشك إقامة للموهوم مقام المحقق في باب الحرمات إلا أنا أسقطنا اعتبار ذلك ما دام في طلبه إقامة للطلب مقام حقيقة الوجدان لمكان الضرورة بخلاف ما إذا تقاعد عنه حيث لا يؤكل لقوله عليه السلام في مثله لعل هوام الأرض قتلته حين كره أكله ولا ضرورة هاهنا إلى الاعتبار لعدم الاضطرار ه ولو أكل البازي مما صاده يحل ولو أكل الكلب لا يحله مطلقا ه إذا أرسل الصائد البازي فأكل مما اصطاده لم يحرم أكله ولو أرسل كلبه فأكل من الصيد حرم عندنا وللشافعي فيما إذا أكل الكلب من الفريسة نادرا قولان في قول يحرم وفي قول يحل ولو اعتاد الأكل حرم ما ظهرت عادته فيه وهل يحرم ما أكل منه قبل الذي ظهرت عادته فيه وجهان فعند الإطلاق يفيد الحرمة سواء كان نادرا أو معتادا أو هو من الزوائد وجه القول بالحل أن الكلب آلة في الاصطياد وإنما يصير آلة في العمل له فإذا أرسله فامتثل ودعاه فأجاب فقد عمل له فأكله بعد وقوع عمله للمالك المرسل غير موجب للحرمة كالبازي وكما لو أكل بعد الدفع إلى المرسل ولنا أنه صيد كلب غير معلم فلا يحل تناول ما صاده لحديث عدي بن حاتم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فإنه إنما أمسك عليك وإن أكل منه فلا تأكل فإنه إنما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولأن النص قيد الحل بما أمسك علينا فإذا أكل منه فقد أمسك على نفسه لا علينا وهذا لأن الاصطياد إنما هو بالأخذ أما الذهاب فتوصل إليه لا اصطياد حقيقة فلا بد من إظهار معنى الآلة في نفس الاصطياد وذلك بتبديل العادة المألوفة وترك الأكل من الكلب ترك عادته فيما يأخذ واعتباره ممكن فيتوقف كونه معلما عليه وهذا أولى من اعتبار الذهاب في الإجابة إذ الكلب ألوف تعليمه فلم يكن الذهاب والمجي تبديلا للعادة والفرق بينه وبين البازي أن اعتبار ترك الأكل منه متعذر لعدم احتمال جثته للتعليم بالضرب ومن عادته النفار فإذا أجاب عند الدعا فقد علم ترك ما اعتاده فحكمنا بأنه معلم قال وهو محرم ما تقدم من صيوده من قبل ه إذا أكل الكلب مما أمسكه بعد العلم بحكم حرمت تلك الفريسة إجماعا وهل يحرم ما كان صاده من قبل قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحرم ما هو موجود عنده دون ما خرج عن ملكه وقالا لا يحرم صيده والمحرم ما أكل منه وما يصيده بعده إلى أن يترك الأكل ثلاث مرات لأن أكله يحتمل أن يكون معللا بالنسيان فلا يتبين به أنه لم يك معلما وعلل بعض المشايخ لهما بأنا حكمنا بكونه معلما بالاجتهاد عند تركه الأكل ثلاث مرات فلا ينقض الأمثلة وهذا يشير إلى أنه لا يحكم بجهله حتى يوجد منه الأكل ثلاث مرات وله أن هذا كلب غير معلم فيحرم صيوده لأن الأكل مما اصطاده دليل الإمساك على نفسه فتبين أنا أخطأنا في الحكم بعلمه ولا يحتمل الأكل النسيان إذ الحرفة لا تنسى قال

ولو شاركه اهلي او غير مسمى عليه عمدا او كلب مجوسي واصابه المعراض بعرضه ولم يجرحه او مات
من بندقة او حجر حتى مر فان خرقه الحجر وكان خفيفا وبه حدة حل اما المسئلة الاولى فلما روينا
من حديث عدي ولانه اجتمع المحرم والمبيح فغلبنا جهة الحرمة احتياطا ولو كان الكلب الثاني
رده على الاول فمات بجرح الاول دون الثاني يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقد المشاركة
في الجرح ولو كان المجوسي هو الذي رده بنفسه لم يكره لان فعل المجوسي لا يناسب فعل الكلب فلا يتحقق
المشاركة بخلاف الكلبين ولو لم يرده الكلب الثاني لكنه اشتد على الكلب الاول فاشتد
الاول بسبب ذلك على الصيد فاخذه فلا باس باكله لان فعل الكلب الثاني اثر في الكلب الاول
حتى ازداد طلبا لا في نفس الصيد فلم يقع المشاركة في اخذه ولا في جرحه فكان فعل الكلب
الثاني تبعا للاول فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا رده عليه لانه صار اصلا في الرد
فاضيف الاخذ اليهما ولو ارسل كلبه فصاح عليه مجوسي فاشتد عدوه فلا باس بصيده
ولو كان الكلب قد ارسله مجوسي وزجره مسلم فانزجر حرم ما اصطاده ووجهه ان
الفعل انما ينسخ بما هو مثله او بما هو فوقه والزجر دون الارسال فكان دونه وتبعا له فلا
ينسخ الاول به وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد وتارك التسمية عامدا والمحرم في هذا بمنزلته
واما المسئلتان الاخريان فاذا اصاب المعراض الصيد بعرضه ولم يجرحه لم يؤكل لقوله
صلى الله عليه وسلم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولان الجرح شرط على
ما مر والثانية اذا رمى الصيد ببندقة فمات او بحجر او بعصا حرم لان ذلك كله في معنى
الموقوذة فرع ولو كان الحجر خفيفا وبه حدة حل اذا جرحه لانا تيقنا ان موته بسبب
حد الحجر لا بثقله بخلاف ما اذا كان الحجر ثقيلا لاحتمال انه قتله بثقله ولو كان رماه فابان
راسه او قطع العروق لا يؤكل لان العروق قد ينقطع بالثقل فوقع الشك ولعله مات قبل
قطع العروق ولو كان للعصا حد فخرقت اكل لانها بمنزلة الحديد فالحاصل ان الموت ان كان بالجرح
بيقين حل وان كان من الثقل لا يحل وكذلك ان كان مشكوكا فيه عملا بالاحتياط قال
ولو ارسل على صيد فاخذ غيره من غير عدول ولا مكث يحل ه اذا ارسل كلبه على صيد
فاصطاد غير ما ارسل عليه لا يحل عند الشافعي لانه لم يصطد ما ارسل عليه وما اصطاده
لم يرسل عليه فكان كالمصطاد بدون ارسال وعندنا يحل ما اصطاد اذا لم يعدل عن سننه
ولم يمكث والقيدان زائدان لانه اذا لم يعدل عنه يمنة ويسرة ولم يمكث فهو في حكم الارسال
الموجود من المرسل بحال اذ المشروط في النص هو الارسال والتعيين والزيادة على النص في معنى
النسخ فرع ولو اخذ ما ارسل عليه فقتله ثم اخذ صيدا اخر فقتله اكلا جميعا ان لم يمكث

منها لان الارسال قائم لم ينقطع بعد بمنزلة ما لو رمى صيدا فقتله ثم اخر فقتلهما حلا وان جثم
على الاول طويلا ثم مر به صيد فقتله لا يؤكل لانقطاع حكم الارسال قال ولو رمى ه
فابان عضوا حرم المبان لا ان كان بجرح غير مدفف ولو قده نصفين او اثلاثا والاكثر مع عجزه
او قطع نصف راسه او اكثره اكلا ه اذا رمى صيدا فابان منه عضوا اكل الصيد ولا يؤكل
العضو وقال الشافعي ان ابانه بجرح مدفف اي قاتل في الحال فالعضو حلال وان لم يكن الجرح
مدففا فذبح الصيد او مات بجرح اخر مدفف فالعضو حرام وان مات بذلك الجرح بعد حين فوجهان له
انه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما لو ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف
ما اذا كان الجرح غير مدفف لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو
ميت والحي المذكور مطلق فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والمبان كذلك او المبان منه حي
حقيقة لوجود الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم بقاؤه بعد هذه الجراحة وقد اعتبر
الشرع ذلك فانه لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وهذا بخلاف ما اذا
كان المبان مما يلي العجز وهو الاكثر لانه حينئذ مبان بذكاة الاضطرار لان الموجود منه ذكاة
الاضطرار ولهذا لو وقع في الماء يؤكل لانه بمنزلة المذكى بذكاة الاختيار وقد وقع في الماء
بعد التذكية اما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فالموجود منه ليس بذكاة لان الشرع قد اعتبر
بقاء حياته بعده حتى حكم بحرمته لو وقع في الماء فلا يكون مبانا بالذكاة فيكون حراما
فالحاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل ويترتب
الفروع على هذا فاذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم
المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر
مما يلي العجز او قطع نصف راسه او الاكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا
حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح قال وان اثخن صيدا برميه ثم رماه اخر
فقتله حرم وضمن للاول قيمته الا نقص جرحه وان لم يثخنه الاول حل وكان للثاني
اذا رمى الصياد صيدا فاثخنه واخرجه عن حيز الامتناع فرماه اخر فقتله لم يؤكل لان بالاثخان
صارت ذكاته ذكاة اختيار فكان الجرح من الثاني ميتة وهذا اذا كان الصيد بحال يحيا من الرمية
الاولى ليكون الموت مضافا الى الثاني وان كان بحال لا يسلم من الاول بان قطع راسه
او بقر بطنه ونحو ذلك لا يحل لان الموت مضاف الى الرمي الاول فالحق وجود الثاني بعدمه
ويضمن الثاني للاول قيمته اذا كان الموت مضافا الى رميه قيمة ذلك الصيد غير ما نقصته الجراحة
لانه اتلف عليه صيدا مملوكا له لانه بالاثخان صار ملكا له لانه خرج عن حيز الامتناع وهو بصدد

بالجراحة والعمه واحبه بالاتلاف هذا اذا اثخنه الاول برميه فان لم يثخنه برميه فرماه
الثاني فقتله اكل لانه صيد على حاله لم يكن خارجا عن حيز الامتناع حين رماه الثاني وهو للثاني
لانه هو الذي اثخنه واخرجه عن حيز الامتناع برميه قال عليه السلم الصيد لمن اخذ قال
وان رميا معا فسبق احدهما واثخنه ثم لحق الاخر فقتله كان للاول وحكمنا بحله ه رجلان
اطلقا سهميهما معا وسميا الله تعالى فاصاب احدهما الصيد قبل الاخر فاثخنه ثم اصاب الاخر
فمات فالصيد للاول لانه هو الذي احرزه بالاثخان وحل اكله وقال زفر لا يجوز لان
الثاني اصابه وهو ليس بصيد فلم يحل بالذكاة الاضطرارية والمعتبر وقت الاصابة
لا وقت الرمي ولهذا كان ملكا للاول وصار كما لو تعاقبا في الرمي ولنا ان رمي كل منهما
موجب للحل لكونه رميا الى الصيد ماكول مع التسمية والمعتبر في الحل حال الرمي لان
الحل بالذكاة والذكاة فعل المذكي الموجود منه ذكاة منحصر في الرمي والمعتبر في الملك حال
الاصابة الاول مضاف الى سبب الاباحة وهو الرمي فكان الرمي الثاني مصادفا له وهو غير
صيد فلم يكن ذكاة قال او رماد بيا وسمى فاصاب ظبيا احل اكله ه مسلم
او ذمي اطلق سهمه فاصاب خنزيرا وذئبا او اسدا فاصاب سهمه ظبيا حل اكله وقال
زفر لا يحل لان رميه لم يقع مفيدا لحل ما اصابه فلا ينقلب مفيدا له كما لو قصد انسانا او سمكا
فاصاب صيدا وهذا لان الذئب ليس بصيد الا ترى انه لا يجب بقتله على المحرم جزاء والخنزير
والاسد حكمهما حكمه بالاجماع ولنا انه رمى الى صيد فاصاب صيدا فحل كما لو قصد
حمار وحش فاصاب ظبيا وهذا لان الصيد اسم للمتوحش الممتنع الذي لا يوخذ الا بحيلة والرمي
اليه كذلك ولهذا وجب على المحرم بقتل الخنزير والاسد الجزاء اذا لم يوجد الصيال منهما
وحكم الذئب في هذه الحالة حكمهما بالاجماع وانما لم يجب بقتل الذئب الجزاء لانه في معنى
الفواسق الخمس الواتي تقتل في الحل والحرم بلا جزاء بالنص لا لانه ليس بصيد ه

فصل في الذبائح

قال ... بذكي اختيارا في الحلق واللبة واضطرارا بالجرح ان اتفق ه الذكاة
شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه سبب لتمييز الدم النجس عن اللحم الطاهر وثبت
بالذكاة الحل وطهارة المذبوح ماكولا كان او غير ماكول فان الذكاة تنبي على الطهارة قال
عليه السلم ذكوة الارض يبسها وهي على نوعين ذكاة اختيارية وذكاة اضطرارية فالاختيارية
هي الذبح في الحلق واللبة قال عليه السلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين يريد موضع الذكاة
وهي قطع عروق مخصوصة على ما ياتيك ان شا الله واما الاضطرارية فهي الجرح في اي موضع

اتفق وانما يجوز عند العجز عن الذكاة الاختيارية وذلك مثل الصيد على ما مر ومثل ما توحش
من النعم كالبعير الناد فلو رماه فقتله حل اكله لان الجرح في غير موضع الذبح اقيم مقام
الذبح في موضعه عند العجز عنه للحاجة اليه والبقر والبعير اذا ندا في الصحرا او في المصر بمنزلة
الصيد والشاة في الصحرا اذا ندت كذلك واما في المصر فلا تحل بالعقر لامكان اخذها بخلاف
البعير والبقر لقوتهما وحصول الاذى منهما فيتحقق العجز ولو تردى في بير ولا تقدر
على ذكاته في العروق كالصيد اذا لم نتوهم موته بالماء قال وشرط منهما التسمية ولو
تركها ناسيا حل ه التسمية على الذبيحة شرط حتى لو تركها عامدا حرمت الذبيحة ولا يجوز
بيعها ولو حكم القاضي بصحة البيع لا ينفذ حكمه وكذلك عند ارسال الجارح وعند الرمي
واشار بضمير التسمية الى الذكاة الاختيارية والاضطرارية وقال الشافعي التسمية مستحبة
وليس بشرط اذ لو كانت شرط الحل لما تفاوت الحال بين تركها عمدا ونسيانا كالطهارة لما كانت
شرطا لصحة الصلوة ثبت التساوي في تركها بين الحالين بانه لا يصح بوجود المشروط مع عدم
شرطه على انها لو كانت شرطا فان المسلم يجوز ان يقام مقامها كما اقيمت في النسيان ولنا
قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ومقتضى النهي الحرمة وقوله صلى الله عليه وسلم لعدي
اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل لانه انما امسك عليك وان اكل منه
فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم
تسم على كلب غيرك ولان ابن عمر وابن ربيعة من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يعتقدون حرمة اكل
متروك التسمية عمدا وعلي وابن عباس وغيرهما
من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يعتقدون حل اكله ويفرقون بين الترك عمدا ونسيانا
لقيام العذر في النسيان فاقيمت الملة مقامها تخفيفا وتيسيرا وعدم العذر في فصل العمد
اذ القاصد للترك جان يكاد يكون مستخفا باسم الله تعالى بقصد تركه والجناية سبب للعقوبة
لا للتخفيف فحرمت ذبيحته زجرا له وهذا من الصحابة اجماع على حرمة متروك التسمية عمدا
ونقل صاحب المنظومة ان تارك التسمية ناسيا لا تحرم ذبيحته عند مالك وتركت هذا المثال
لانه ليس بمشهور مذهبه قال ابن بشير في كتاب التنبيه فان ترك التسمية متهاونا لم يوكل
بلا خلاف على ظاهر المذهب لانه كالعابث له نعادته ترك الاكل وان تركها ناسيا
اكلت بلا خلاف ايضا في المذهب وان تركها عامدا غير متهاون ففي المذهب قولان
اشهرهما انها لا توكل ولذلك تركت ضبط الخلاف فيه ثم التسمية في الذكاة الاختيارية تشترط
عند الذبح على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي لان المقدور له في الاول هو

الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة يشترط وجود التسمية عند الفعل المقدور
عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا تحل ولو رمى الى صيد وسمى واصاب
غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى وذبحها بشفرة اخرى حل اكلها ولو سمى
على سهم ثم رمى بغيره صيدا ولم يسم عليه لم يؤكل والفرق ان التسمية على الذبيحة شرط
بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا تبدلت الذبيحة ارتفع حكم التسمية عليها
وفي الرمي والارسال التسمية شرط على الآلة قال عليه السلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم
الله عليه فكل وقال عليه السلام فانما سميت على كلبك فلم يتبدل الآلة فالتسمية باقية واذا
تبدلت ارتفع حكم التسمية عليها واحتاج الى تسمية اخرى قال ويكره ان يذكر مع اسمه
تعالى غيره فان وصل وعطف حرم هذا اذا ذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره فلا يخلو اما
ان يذكره موصولا معطوفا او بغير عطف فاذا ذكره موصولا بغير عطف كره المذبوح وحل
اكله كما اذا قال باسم محمد رسول الله لان الشركة لم يوجد لعدم العاطف فلم يكن الذبح واقعا
لغير اسم الله تعالى لكنه يكره لوجود القران صورة فيتصور صورة المحرم واما اذا ذكر
موصولا معطوفا بان يقول بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال يحرم الذبيحة لانه اهل لغير
الله ولو رفع لا يحرم لانه مضاف غير متعلق بالذبيحة واما اذا ذكر اسم غيره مفصولا صورة ومعنى
بان يقول قبل التسمية او قبل اضجاع الذبيحة وبعده وهذا لا باس به فقد روي عنه صلى الله عليه
وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة من شهد لك بالوحدانية وشهد لي بالبلاغ
والشرط هو الذكر الخالص المجرد قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال
عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لكونه دعاء ولو قال الحمد لله وسبحان الله يريد التسمية حل ونقل
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه يقال بسم الله والله اكبر وهذا هو المتداول على الالسنة كذلك
فسره ابن عباس في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال ولا تحل ذكاة غير المسلم
والكتابي اشتراط كون الذابح مسلما فلقوله تعالى الا ما ذكيتم والخطاب للمسلمين واما الذمي
فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وقال صلى الله عليه وسلم في المجوس سنوا بهم
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم فدل على حل ذبائح اهل الكتاب
فان سمى النصراني المسيح وسمعه المسلم لا يأكل منه ولو قال بسم الله وهو يعني المسيح يؤكل لانه سمى
على الظاهر ويشترط ان يكون عاقلا للتسمية قادرا على الذبح ضابطا للذبيحة فيجوز ذبيحة الصبي
القادر على الذبح وكذلك المرأة مسلمة كانت او كتابية واذا كان الذابح صبيا او مجنونا او امرأة
لا يعقلون التسمية ولا يضبطون الذبيحة ولا التسمية لا تحل ذبيحتهم لان التسمية شرط بنص الكتاب

وذلك بالقصد وصحة القصد بهذه الاشيا واطلاق الكتابي الذي ينتظم الكتابي الذمي
والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط هو قيام الملة ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لما روينا ولعدم
الملة فانه لا يدعي التوحيد وكذلك المرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف
الكتابي اذا انتقل الى ملة اخرى غير دينه حيث يقر عليه عندنا يعتبر الدين الذي هو عليه
حالة الذبح لا ما كان قبله وكذلك الوثني لعدم اعتقاده ملة وكذلك المحرم اذا ذبح صيدا سواء
ذبحه في الحل او في الحرم وقد مر في كتاب الحج قال ولو تولد من مجوسي وكتابي يجيز
ذبحه ه اذا ولد ولد من مجوسي وكتابي يجوز ذبحه عندنا وقال الشافعي لا يجوز ترجيحا للمحرم
على المبيح وهو انه جزء المجوسي ولنا انه كتابي لان الولد يتبع خير الابوين دينا ولهذا لو كان احد ابويه
مسلما حكم باسلامه قال ويستحب نحر الابل وذبح البقر والشاة ويكره العكس لعدم ضرورة ولم
يحرموها لذلك ه السنة ان ينحر الابل ويذبح الشاة والبقر فلو عكس بنحر الشاة والبقر وذبح الابل
كره ذلك وحلت الذبيحة عندنا اما ان السنة ما قلنا قال الله تعالى فصل لربك وانحر قال
المفسرون المراد نحر الجزور وقال تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه
بذبح عظيم والذبح ما يذبح وكان كبشا وهذا هو المتوارث من فعله عليه السلام والصحابة رضي الله
عنهم الى يومنا هذا والعكس مكروه لمخالفة السنة وانما يحل لوجود شرط الحل وهو قطع
العروق وانهار الدم ومذهب مالك رحمه الله انه يجوز مع الضرورة ويحرم عند عدم الضرورة
قال ابن بشير في كتاب التنبيه له فان ذبحت الابل او نحر ما يذبح فاما مع الضرورة يجوز ذلك ولا يمنع
اكلها واما مع عدم الضرورة فثلاثة اقوال منع الاكل وهو المشهور وجوازه والتفرقة فيؤكل
الابل ان ذبحت ولا يؤكل غيرها ان نحر واما المشهور فبناه على احد امرين اما لان السنة اذا خولفت
امتنع الاكل واما لان ذلك واجب وحرام عنده لقوله ما ذكيتم في كون النحر في غير الابل يقتلها
بغير الذكاة والذبح في الابل تعذيب ولمنع اخراج الدم وهو مقصود واما جواز الاكل فلقوله
صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل فلان الانتقال من صفة الى صفة
من جهة الاوجب واما التفرقة فلان النحر في غير الابل يقتلها كما تقدم وليس في الابل
الا التعذيب فلا يؤدي الى منع الاكل هذا كلامه ولما كان حالة الضرورة يحل الذبيحة اجماعا
زدت في الكلام بغير ضرورة ليقوم الخلاف فيه باعادة الاشارة في قوله ولم يحرموها
لذلك اليه تحقيقا للموضع للخلاف قال ويذبح ما استانس من الصيد ويجرح ما استوحش
من النعم ه اما الاول فللقدرة عليه لان الاصل هو الذكاة الاختيارية وعند استيناس
الصيد صير الذكاة بالذبح مقدورا عليها فلا يعدل عنها الى بدلها واما الثاني فللعجز

عن الاصل بسبب التوحش فصار الى البدل ه ويقطع الحلقوم والمرى والودجان ولم يكتف
بالاولين ويقطع اكثرها مطلقا كاف ويشترط قطع احدى الودجين معها الا اكثر من كل منها العروق
التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرى والودجان وقال الكرخي الذكاة في الاوداج وهي اربعة
الحلقوم والمرى والعرقان اللذان بينهما والاصل فيه قوله عليه السلم افر الاوداج بما شئت وهو جمع
يتناول ثلثة وهي المرى والودجان ولا يمكن قطعها الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم اقتضاء
فكان قطع الاربعة فلا خلاف في حصول كمال الذكاة وان قطع الحلقوم والمرى دون الودجين قال الشافعي
صح الذبح ولا يشترط قطع الودجين لان انهار الدم وازالة الحياة حاصل بذلك وهو المقصود من الذبح
وقد ذكر صاحب المنظومة رحمه الله في باب مالك ان الاخلال بقطع احد هذه العروق الاربعة
لا يجوز ويحرم به الذبيحة وهذا شاذ في مذهبه لم ار نص الخلاف فيه حسنا قال ابن بشير في كتاب
التنبيه واذا قطع الذابح الحلقوم والمرى والودجين اكلت بلا خلاف وان لم يقطع المرى فهل
يؤكل ام لا قولان اشهرهما جواز الاكل وترك اشتراط المرى والشاذ منع الاكل فان ترك الاوداج
جملة لم يؤكل وان اتى على اكثرها فقولان وان لم يقطع الحلقوم فالمعروف من المذهب انه لا يؤكل
فعل هذا المشهور مذهبه موافق لمذهب ابي حنيفة لان عند ابي حنيفة ان الواجب ان يأتي بالاكثر
هذه العروق مطلقا اى ثلثة كانت ومن صور الجواز الاكتفاء دون المرى الذي هو مذهبه
تركت الحلاف فيه وعند ابي يوسف في الرواية التي رجع اليها انه يشترط قطع المرى والحلقوم
واحدى الودجين وعن محمد انه اعتبر الاكثر من كل عرق والقدوري رحمه الله حمل قول محمد
مع ابي يوسف وحمل الكرخي قول ابي حنيفة وان قطع اكثرها على ما قاله محمد والصحيح ما ذكرناه
لمحمد رحمه الله ان الامر ورد بفري العروق وكل منها اصل بنفسه فلا يقوم غيره مقامه
الا ان قطع اكثره كقطع كله اقامة للاكثر مقام الكل ولان المقصود حاصل بقطع الاكثر لانه
يخرج بقطع الاكثر ما يخرج بقطع الكل ولابي يوسف ان كل عرق منها يقصد بقطعه غير ما يقصد
بقطع الاخر فالحلقوم مجرى النفس والمرى مجرى الطعام والودجان مجرى الدم فاذا قطع
احد الودجين حصل المقصود بقطعها واذا ترك الحلقوم والمرى لم يحصل المقصود من قطعه
بقطع غيره ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاكثر كل حكمي فيقطع اى ثلث كان يحصل قطع الاكثر
ولان المقصود يحصل بذلك وهو انهار الدم والتسبيب الى ازهاق الروح لعدم الحياة
بعد قطع مجرى النفس والطعام والدم يجري بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة
التعذيب قال ويجوز بما انهر الدم الا السن والظفر القائمين ه لقوله عليه السلم افر الاوداج
بما شئت وقوله عليه السلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا السن والظفر فانها مدى الحبشة و

كانوا يذبحون بها فاما ولان القتل بهما قائمين حاصل بقوة الذبح وثقله فاشبه المخنقة
قال ويجزيه بهما منزوعين ويكره ه اذا ذبح بسن او ظفر او قرن او عظم منزوع لا يحل
عند الشافعي لانها ميتة عنده ولقوله عليه السلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا السن والظفر
والعظم فانها مدى الحبشة اى كل ما ذبح بما انهر الدم فاله من غير فصل بين المنزوع وغيره ولانه فعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما لو ذبح بها غير منزوعة وعندنا يكره هذا الفعل اذا كانت منزوعة
لاستلزامه ترك المندوب اليه لقوله عليه السلم اذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته ومع ذلك تجوز الذبيحة ولا تحرم لقوله عليه السلم افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول
على ما اذا كانت غير منزوعة ولانها آلة الشرع آلة جارحة يحصل بها ما هو المقصود وهو اخراج
الدم المسفوح عن الحيوان فيجوز كما لو ذبح بحجر محدد او ليطة بخلاف غير المنزوعة لامكان الموت
من الثقل فيشبه المخنقة قال ويستحب ان يحد شفرته لما رويناه وروى انه عليه السلم
راى رجلا اضجع شاة واخذ يحد شفرته فقال عليه السلم هلا حددتها قبل ان تضجعها
قال ويكره ان يبلغ بها النخاع او يقطع الراس ويبتدى من القفا وهي جهة الى قطع
العروق النخاع عرق ابيض في عظم الرقبة لانه عليه السلم نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وفسر
بما ذكرناه وفي قطع الراس زيادة تعذيب للحيوان من غير فائدة فيكره ويحل الاكل لوجود
المقصود واما اذا ابتدا الذبح من القفا فان ماتت قبل قطع العروق فهي ميتة لوجود الموت
بدون الذكاة وان دامت حياتها الى ان قطع العروق حلت لانها ماتت بالذكاة كما لو جرحها
ثم ذبحها لكنه يكره ذلك لما فيه من تعذيب الحيوان من غير فائدة قال والجنين الميت
لا يؤكل وقالا ان تم خلقه اكل لقوله عليه السلم ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء منه متصل بها يتغذى بغذائها ذكاة
ويتنفس بنفسها وينتقل في بيعها واعتاقها فتنزل كانها كسائر اجزائها وله انه
حيوان منفرد بنفسه حتى يتصور حيا بعد موت امه فينفرد بالذكاة وهذا يعتق باعتاق
منفرد ويجب فيه غرة وتصح الوصية به وله ولانه حيوان دموي لم يخرج دمه فاشبه المخنقة
ولانه يحتمل انه مات قبل ذبح امه ويحتمل انه مات بذبحها فلا يحل بالشك وما رويناه روى
بالنصب بنزع الخافض اى كذكاة امه فيكون دلالة تشبيها وبيانا في الذبح لقوله تعالى
ينظرون اليك نظر المغشي عليه من الموت وروي بالرفع يحتمل التشبيه ايضا كقوله تعالى
جنة عرضها السموات والارض فيحمل عليه توفيقا وقد كره ابو حنيفة ذبح الشاة الحامل المقربة
الولادة لما فيه من اضاعة ولدها ولا يكره عندهما لانه ماكول عندهما قال
واذا ذبح غير ماكول طهر لحمه وجلده الا المحرم والخنزير ه اما طهارة لحمه وجلده فان اثر الذكاة

في ازالة الرطوبات والدماء السيالة المنجسة للحم لا نفس اللحم والجلد فطهر لزوال النجس
كما في الدباغ واما المحترم فهو الادمي ولحم الخنزير فلا تعمل فيهما الذكاة شيئا لكرامة
الادمي ولنجاسة الخنزير كما لا يعمل الدباغ في جلدهما ولو ذبح شاة مريضة فلم يتحرك منها شيء
الا فاها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها وعينها ومدت رجلها ونام شعرها لم تؤكل وان كان
على العكس اكلت ۵ فصل قال ويحرم كل ذي مخلب من الطير وناب من السباع
لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي مخلب واكل كل ذي ناب من السباع وقوله
من السباع عقيب ذكر النوعين راجع اليهما فيثبت الحكم فيما له مخلب وناب من سباع الطير
والبهايم دون غيرهما والسبع كل جارح قتال منتهب متعد عادة كالاسد والنمر والفهد والذئب
والثعلب والدب والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطير
والبازي والنسر والعقاب والشاهين والحداة وقال ابو حنيفة الدلق والسنجاب والفنك والسمور
ومما شابه سبع ولا يؤكل ابن عرس لانه ذات انياب فيدخل تحت النص وفي الحديث نهى عن اكل
الخطفة والنهبة والمجثمة فالخطفة التي تختطف في الهوا كالبازي ونحوه والنهبة التي تنتهب
على الارض كالذئب والكلب والمجثمة روي بالفتح والكسر فالفتح صيد جثم عليه الكلب حتى مات
غما وبالكسر كل حيوان من عادته ان يجثم على الصيد كالذئب والكلب وانما حرمت هذه الاشيا
تشريفا لبني ادم وتعظيما لهم لئلا يتعدى اليهم اخلاقهم شيء من اخلاق هذه بواسطة التغذي
من لحومها قال والحشرات كلها ۵ كل ما ليس له دم سايل حرام الا الجراد وهذا مثل
الذباب والزنابير والعقارب وساير هوام الارض وما يدب عليها وما يسكن تحتها وهي الحشرات
كالفارة والوزغة واليربوع والقنفذ والحية ونحوها ووجه الحرمة انها من الخبائث ويحرم
بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة امتن تبارك وتعالى بها ولو كانت تؤكل لذكر
ذلك فان نعمة الاكل فوق نعمة الركوب والزينة وعن علي وابن عمر رضي الله عنهم ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وعن متعة النساء وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله اكل لحم الخيل جايز لما روي عن النبي رضي الله عنه قال اكلنا لحم فرس على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وروي انه عليه السلم نهى يوم خيبر عن اكل لحوم الحمر الاهلية
واذن في الخيل وله ما روينا ولرواية خالد بن الوليد نهى صلى الله عليه وسلم عن اكل لحوم
الخيل والبغال والحمر الاهلية وروى المقدام بن معدي كرب ان النبي عليه السلم قال حرام عليكم الاهلية
وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ولان البغل وهو تابعه
لا يؤكل فلا يؤكل الفرس لان اكل النتاج معتبر بامه فان الحمار الوحشي لو نزا على الاتان الاهلية

لا يؤكل فكذا هذا قال ويكره الرخم والبغاث والغراب ۵ لانها تاكل الجيف
والخبائث والمراد هو الغراب الاسود وكذلك الغراب قال ويجوز غراب الزرع والارنب والجراد
غراب الزرع يخالف الغراب في صغر الجثة وان يدخر في المنازل ويالف كالحمام ويطير ويرجع
روي ذلك عن ابي يوسف واما الارنب فلما روى عمار بن ياسر قال اهدي لرسول الله صلى الله
عليه وسلم ارنبة فقال لاصحابه كلوا واما الجراد فلقوله عليه السلم احلت لنا ميتتان ودمان
اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال وسواء مات حتف انفه او بافة
لاطلاق النص قال ويحرم الضب والضبع والثعلب وقال الشافعي يحل لما روى ان جابرا سئل
عن الضبع اصيد هو قال نعم قيل احلال هو قال نعم قيل عن رسول الله قال نعم ولنا نهيه عليه
السلم عن اكل كل ذي ناب من السباع والضبع والثعلب من سباع البر وما روي عن جابر منسوخ
قال ولا يحل من حيوان الما الا السمك والمارماهي والجريث وقال الشافعي جميع حيوان
البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل ولقوله عليه السلم في البحر هو الطهور
ماؤه الحل ميتته ولان المحرم هو اختلاط الدم المسفوح باللحم ولا دم لحيوان الما ولا امتنع سكناه
فيه اعتبارا بالسمك وعندنا لا يؤكل منها الا السمك لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى
السمك خبيث لاستخباث الطباع السليمة اياها الا السمك ولانه عليه السلم نهى عن دوا يتخذ
فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والخلاف في البيع والاكل واحد والمراد بالصيد
في الاية الاصطياد وانه مباح لما يؤكل والمراد بالحل ميتته السمك وهو مستثنى مما روينا ۵
من غير فصل يتناول جميع انواعه ومنها الجريث والمارماهي فيدخل في الاستثناء قال
ويكره الطافي منه ۵ وقال الشافعي لا يكره لما مر ولنا ما روي عن جابر رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما لفظه البحر وما نضب عنه الما فكل وما طفا فلا تاكل ويقيد
البحر ما لفظه البحر لكون موته مضافا الى لفظ البحر لا ما مات فيه من غير افة ۵

كتاب الاضحية

قال وتوجبها على كل مسلم حر موسر مقيم شاة وتجب عن ولده الصغير
روايتان ويجب في ماله في الاصح ۵ الاضحية اسم لما يذبح ايام النحر بنية القربة لله تعالى
وكذلك الضحية والاضحاة قال عليه السلم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة فالاضحاة
ما يذبح ايام النحر والعتيرة كانت شاة تذبح للصنم في شهر رجب نسخت وبقيت الاضحية قال
عليه السلم نسخت الاضحية كل دم قبلها ونسخ رمضان كل صوم قبله وهي من اضحى يضحي دخل

في الضحى لانها تذبح وقت الضحى سميت باسم وقتها كصدقة الفطر والصلوات الخمس والوجوب
مذهبنا وعن ابي يوسف انها سنة وهي مذهب الشافعي وذكر الطحاوي انها واجبة عند ابي حنيفة
وسنة عندهما وهذا اختيار رضي الدين النيسابوري وجه السنية قوله صلى الله عليه وسلم ثلث
كتبت ولم تكتب عليكم الوتر والضحى والاضحى وفي رواية هي لكم سنة وعن ابي بكر وعمر رضي الله
عنهما انهما كانا لا يضحيان مخافة ان يراها الناس واجبة ولانها لو كانت واجبة لما تفاوت الحال
بين المسافر والمقيم كصدقة الفطر والزكاة فان الواجبات المالية لا يوثر السفر فيها ووجه الوجوب
قوله تعالى فصل لربك وانحر امر بنحر مقرون بالصلوة وليس الا الاضحية وقوله عليه السلام ضحوا فانها
سنة ابيكم ابرهيم اي طريقته والامر للوجوب وقوله عليه السلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا
علق الوعيد بترك الاضحية وهو دليل الوجوب ولان الاضافة دليل الاختصاص ولا يصح الاضافة
انما خلا الوقت عنها ولا وجود الا بالوجوب فيجب تصحيحا لهذه الاضافة وكما في يوم الفطر وصدقة
الفطر ونفي الكتابة ثابت وانه نفي للفرضية او المراد من الكتابة الفرض قال تعالى ان الصلاة
كانت على المؤمنين كتابا موقوتا اي فرضا موقتا وسميت المفروضات مكتوبات فلا ينافي لانا
نثبت الوجوب دون الفرضية ويحمل قوله وهي لكم سنة على ثبوت وجوبها بالسنة وابو
بكر وعمر رضي الله عنهما كانا فقيرين لحاله ان يظنها الناس واجبة على الفقرا على انها
مسئلة مختلفة بين الصحابة فلم يكن قول البعض حجة على البعض واما لم تجب على المسافر
لانها مختصة باسباب تشق على المسافر تحصيلها وتفوت بمضي الوقت فلم تجب عليه
كالجمعة بخلاف الفطر والزكاة حيث لا تفوت بالوقت ويجوز فيها التاخير ودفع القيمة
وغير ذلك وعن علي رضي الله عنه ليس على مسافر جمعة ولا اضحية ولما كانت قربة وعبادة
اشترط لها اسلام المضحي واختص بالحر لان العبد لا يملك شيئا وبالمقيم لما قلنا ويستوي
فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادي لكونه مقيما وبالموسر لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن
ظهر غنا وحد اليسار هو الغنى المشروط لوجوب صدقة الفطر وهل يجب عليه عن اولاده
الصغار فيه روايتان احدهما رواية الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه ان يضحي عنهم
كصدقة الفطر وظاهر الرواية انه لا يجب عليه عن اولاده الصغار بخلاف صدقة
الفطر والفرق ان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه
قربة محضة والاصل فيما هو قربة ان لا تجب على الغير ولهذا لا تجب عن العبد الاضحية وان
كان يجب صدقة الفطر واما اذا كان للصغير مال فالاصح انه يضحي عنه من ماله بالاتفاق
ويأكل منه ما امكنه ويبتاع له بالباقي ما ينتفع بعينه وقيل يضحي عنه الاب او الوصي من ماله

عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير
فالخلاف في الاضحية نظير الخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم
جميعا لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير والصغير لا
يمكنه ان ياكل كل الاضحية والاصح ما ذكرناه وانما ذكره القدوري رحمه الله وهذه
وما قبلها من الروايتين من الزوائد وافضل ما يضحي به شاة لانها ادنى ما في الهدايا قال
واجازوا البقرة والبدنة عن سبعة يريدون القربة لا عن اهل بيت مجتمعين مطلقا البقرة
او البدنة تجزي عن سبعة اذا كانوا من اهل القربة اعني مسلمين وتنصيص اشتراط الاسلام
وان يكونوا يريدون القربة وهو زائد واطلاق القدوري يحمل عليه حتى لو اراد احد السبعة
نصيبه اللحم لا القربة لا يجزي واحدا منهم لان الدم لا يتجزى لئلا يكون بعضه قربة وبعضه غير
قربة فاذا خرج البعض عن ان يكون قربة خرج الكل والاصل في جوازه للشركة رواية جابر
رضي الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن
سبعة ويجزي عن اقل من سبعة بطريق الاولى وهل يجزي عن اكثر من سبعة قال مالك رحمه الله
يجوز عن اهل البيت سبعة كانوا او اكثر اذا كانوا مجتمعين لا متفرقين لقوله عليه السلام لان
البقرة في صورتها شخص واحد وهي من حيث الضخامة والقيمة كثيرة فيجوز عن اهل بيت واحد
يجزي الموضع وان تعدد واصورة لاتحاد هذا معنى باعتبار اتحاد موضعهم فلا يجوز عن المتفرقين
ولا عن المتفرقة مواضعهم لان الذكي واحد يجزي عن الواحد وعندنا يجوز عن سبعة متفرقين
كانوا او مجتمعين ولا يجوز عن اكثر لان القياس ان لا يجزي الا عن واحد لانه اراقة واحدة
الا انا تركنا القياس بما رويناه وهو مقيد بالسبعة فلا يتعدى مورد الرواية المخالفة للقياس
قال ولو اشتراها للاضحية ثم اشترك فيها ستة حكمنا بالاجزاء عندهم وهذا
استحسان والقياس ان لا يجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فلا يجوز بيعها وفي الشركة بيعها
ووجه الاستحسان مساس الحاجة الى ذلك فانه قد لا يجد الا بقرة ولا يجد شركا فيشتريها
ثم يطلب شركا من بعد فجوزناه للحاجة والاولى والاحسن ان يطلب الشركا قبل الشرا
فيلا يكون راجعا عن القربة في الصورة وعن ابي حنيفة انه يكره ذلك بعد الشرا وقيل لا يكره
الاستبدال وقيل لا شرا قال ويقسمونها وزنا هذه زيادة ايضا فاذا اشترك
جماعة في بقرة وضحوا بها اقتسموا اللحم بالوزن لان اللحم موزون ولو اقتسموا اجزافا لم يجز
الا اذا كان معه شي من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال ويختص بالابل والبقر والغنم
لانها في الهدي ولقول الصحابة رضي الله عنهم الضحايا من الابل والبقر والغنم وهو اسم

للكبار ذوات ألبان ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه ويدخل المولود بين الأهلي
والوحشي تبع للأم لأنها هي الأصل في التبعية حتى لو نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال
ويجزي فيها ما يجزي في الهدي يعني الثني من الكل وهو من الغنم ما له سنة ومن البقر ما له
سنتان ومن الإبل ما له خمس سنين ولا يجوز الجذع من الإبل والبقر والمعز لرواية أبي بردة قال
قلت يا رسول الله ضحيت قبل الصلوة وعندي عتود خير من شاتي لحم أيجزيني أن أضحي به قال
تجزيك ولا تجزي أحدا بعدك والعتود من المعز كالجذع من الضأن وهو الذي أتى عليه
أكثر الحول والقياس في الضأن إلا أنا تركناه بقوله عليه السلام نعم الأضحية الجذع من
الضأن والإطلاق يتناول السالم منها وذات العيب وقد سبق ذكر ذلك في الهدي
والعيب القليل معفو عنه ضرورة أنه لا يخلو عنه الحيوان وفي اعتباره حرج والشق في الأذن
والوسم قليل لا اعتبار به قال ويضحى بالجماء والخصي والثولاء التي تعتلف والجرباء السمينة
أما الجماء وهي التي لا قرن لها لأنه لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن وأما الخصي فلأن
لحمه أطيب وقد صح أنه عليه السلام ضحى بكبشين أملحين موجوءين وأما الثولاء وهي المجنونة فهي إذا كانت
تعتلف وهذا القيد زايد لأن ذلك لا يخل بالمقصود وأما الجرباء السمينة فمن الزوائد أيضا لأن
الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لم يجز لأن الجرب أثر في نقصان اللحم
والعيوب المانعة تعتبر وقت الشراء فإن اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع فإن كان غنيا
فعليه غيرها وإن كان فقيرا أجزأته لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين
بالشراء وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت ويبتني على هذا ما إذا اشترى الفقير أضحية
فضاعت فاشترى أخرى ثم وجدها فالأولى فعليه أن يضحي بهما جميعا لأن الوجوب على الفقير
بالشراء بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفا والشراء قد تعدد بخلاف الغني لأن الوجوب عليه
بإيجاب الشرع ولم يوجب عليه الشرع إلا واحدة وذكر الزعفراني أن الفقير
إن أوجب الثانية إيجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما وإن أوجبها بدلا عن الأول فله أن
يذبح أيهما شاء لأن الإيجاب متحد فالمحل الواجب وهذا أحسن قال ويأكل منها
ويطعم الغني والفقير ويدخر لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ولقوله
عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله
وهو غني جاز أن يطعمه غنيا قال ويستحب أن لا ينقص الصدقة من الثلث لأن النصوص
ثبتت الأضحية بين الأكل والصدقة والادخار فيكون لكل منها الثلث قال
ويتصدق بجلدها أو يستعمل منه آلة أو يشتري به ما ينتفع به مع بقاء عينه ○ أما

الصدقة فلأن الجلد جزؤها وأما أن يستعمل منه آلة يستعمل فيها تفرش وينام عليه أو تجعل آلة كالقربة
والدلو والسفرة وغير ذلك لأن الانتفاع بالجلد ليس بحرام وقد روي أن عائشة رضي الله
عنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء وأما الشراء وهو من الزوائد فيجوز أن يشتري بالجلد ما ينتفع
بها وعينها باقية كالغربال والمنخل ونحو ذلك ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بالاستهلاك كالأبازير
ونحوها لأن المأمور أن ينتفع به أو ينتفع ببدله مع بقاء عينه ولا يبيعه لقوله عليه السلام من باع جلد
أضحيته فلا أضحية له فإن باعه بشيء من النقود تصدق به لفوات وقت القربة فيتصدق به كذا رواه
محمد رحمه الله وهذا المروي يفيد كراهة البيع والانعقاد جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم
ولا يعطي أجرة الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا
تعط أجر الجزار منها والنهي عنه نهي عن البيع أيضا لأنه في معناه ويكره أيضا أن يجز صوفها
فينتفع به قبل الذبح لأنه التزم القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأن القربة قد أقيمت بها
كما في الهدي ويكره أن يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف قال ويستحب أن يذبحها بنفسه
إن كان يحسن ذلك لأنها عبادة فإذا فعلها بنفسه كان أولى وأفضل وروى أنس رضي الله عنه
أنه عليه السلام ضحى بكبشين أملحين ذبح وكبر وسمى وروى جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام ضحى
بكبشين وقال حين وجههما وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفا مسلما اللهم منك ولك
عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر وإن لم يحسن الذبح فالأولى أن يفوض ذلك إلى غيره ويستحب
أن يحضرها إن لم يذبحها لقوله عليه السلام يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك
بأول قطرة تقطر من دمها إلى الأرض كل ذنب أما إنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك
وسبعون ضعفا قال أبو سعيد الخدري يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة فإنهم أهل لما خصوا به
من الخير أم لآل محمد وللمسلمين عامة قال لآل محمد وللمسلمين عامة قال ويكره أن يذبحها الكتابي
لأن الكتابي ليس من أهل القربة ولو أمره بالذبح فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة وقد قامت القربة
بإنابته ونيته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان ذلك إفسادا قال
ولو غلط كل منهما فذبح أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان والقياس وجوب
الضمان وعدم الإجزاء وأصل هذه المسألة أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل ذلك
وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الأضحية قياسا وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ذلك
ولا يضمنه الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير إذنه فيضمن كما لو ذبح
شاة اشتراها القصاب وإذا ضمن لا يجزيه عن الأضحية ووجه الاستحسان أنه لما اشتراها
للأضحية تعينت للذبح بتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها فصار مستعينا بكل من

الهليه الذبح على ذبحها واذنا له في ذلك دلالة لانه ربما يعجز عن اقامتها لعارض يعرض
له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها وان كان يفوته المباشرة والحضور
لكن يحصل له تعجيل البر وحصول المقصود بما عين من الاضحية فيكون راضيا به ظاهرا
قال ولو غصب شاة فضحى بها ثم ادى ضمانها حكمنا باجزائها ش اذا غصب شاة فضحى
بها ثم ادى ضمانها الى مالكها اجزاه عن الاضحية وقال زفر لا يجزيه لعدم ملكه فيها
وقت التضحية وصار كما لو اعتق الغاصب والمغصوب عن كفارته ثم ادى ضمانه الى مالكه
ولنا ان الملك يثبت له فيها وقت الغصب اذا ادى الضمان فكان ملكه ثابتا فيها وقت التضحية
حكما وهو كاف لجواز التضحية بخلاف الاعتاق لانه وان كان الملك ثابتا حكما فاعتبرناه
حقيقته فكان ناقصا من وجه دون وجه وذلك لا يمكن ايقاد العتق ولهذا لم يملكه المكاتب
لعدم كمال الملك هذا ولنا ان نمنع عدم النفاذ فقد قال بعض اصحابنا بنفاذ اعتاق الغاصب
العبد المغصوب اذا ادى الضمان قياسا على ما ذكرنا هلال ان الغاصب لو وقف ثم ملك
بالضمان يتوقفه وان ذلك تحرير كالاعتاق ذكره رضي الدين في الطريقة قال وتختص
بيوم النحر ويومين بعده ش لما روي عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وانس وابي هريرة رضي الله
عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وطريق هذا هو السمع فكان كالمروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وافضلها يوم النحر لما روينا ولكونه مسارعة الى الخيرات والقربة وادناها
اخرها لما فيه من تاخير الخيرات هذه الايام ولم يضح فان كان فقيرا وقد اشتراها تصدق بها
حية لا بقيمتها لانها وجبت على الفقير فاذا اشتراها بنية الاضحية تعينت للوجوب والاراقة انما
تكون قربة في وقت معلوم شرعا وقد فات فتصدق بعينها وان كان غنيا تصدق بقيمتها مطلقا
اشتراها او لا لانها واجبة عليه فاذا فات وقت القربة في الاضحية تصدق بالثمن اخراجا له
عن العهدة كالجمعة تقضى بالظهر والفدية عند العجز عن الصوم اخراجا
له عن العهدة قال ويدخل وقتها بطلوع فجر النحر الا ان اهل الامصار لا يضحون قبل
الصلوة ش لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد
تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة
ثم الاضحية وهذا الشرط مخصوص بمن يجب عليه صلوة العيد فاما سكان السواد فيجوز لهم
التضحية بعد طلوع الفجر وهذا لان العبادة لا تختلف باختلاف المصر وعدمه لكن شرطها
يجوز ان يختلف كما ان الظهر يمنع من ادائها قبل صلاة الامام في المصر ولا يمنع منه في السواد
كذا هذا فان لم يصل الامام في اليوم الاول لعذر لا يضحى حتى يزول الشمس وفي اليوم الثاني يجوز

قبل صلوة العيد وبعدها قال والقدوري عن محمد ويعتبر مكان الاضحية لا مكان المالك كما في
الزكاة وعن الحسن انه يعتبر مكان المالك كصدقة الفطر فلو كان بالمصر واهله بالسواد جاز ان يضحوا
عنه قبل الصلوة وبالعكس لا يجوز وعند الحسن خلاف ذلك وتتاكد وجوبها اخر ايام النحر
حتى لو مات قبلها سقط عنه بخلاف ما لو مات بعدها وجب ان يوصى بالتصدق بقيمتها
ولو اشترى الفقير شاة بنية في ايام النحر قيل يعيد لان الاعتبار باخر الوقت وقيل لا
يعيد لان الوجوب بطلوع الفجر اول الايام ح

كتاب الايمان

اليمين القوة قال تعالى لاخذنا منه باليمين اي بالقوة والقدرة وهي الجارحة ايضا وتطلق
الحلف باي شيء كان وفي الشرع نوعان القسم بما يقتضي تعظيم المقسم به وذكر الشرط والجزاء
فالاول كالقسم بالله تعالى ولهذا قال اصحابنا لا يجوز القسم الا بالله لقوله عليه السلام من كان
حالفا فليحلف بالله او ليذر والمعنى اللغوي حاصل لاشتماله على مطلق الحلف على وجه يترك عند
وجوده فهو يمين في الاصطلاح الشرعي ولم ينقل عن اهل اللغة وهذا مثل قوله ان دخلت الدار
فعبدي حر وفيه معنى القوة ايضا لان اليمين تعقد للحمل على الفعل والمنع منه فان الانسان
قد يعلم المصلحة في فعل ولا يقدم عليه وقد يعلم هلاكه في ترك فعل ولا يمتنع عنه فكانت اليمين مؤكدة
للعزم على الفعل والترك وكان اليمين بالله تعالى حاملة او مانعة لما يلزم بها من الاثم بهتك
اسمه المعظم والكفارة فكذلك الشرط والجزاء حامل او مانع بسبب ما يلزمه من زوال
ملك النكاح او الرقبة او غيرهما فالحق التعليق باليمين بالله تعالى لاشتراكهما في هذا المعنى واليمين
مشروعة في المعاملات وفي الخصومات توكيدا وتوثيقا للقول قال تعالى ولكن
يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقال عليه السلام لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت من كان
حالفا فليحلف بالله وليذر والاصل تقليل الحلف بالله تعالى ويكره الحلف بغيره وقيل ان اضيف
الى المستقبل لم يكره وان اضيف الى الماضي كره وهذا احسن لان الحلف بغير الله تعالى يستعمل
في العهود والمواثيق بين المسلمين من غير نكير واما ما روي ملعون من حلف بالطلاق او حلف به
محمول على الاضافة الى الماضي بالاجماع قال وتنقسم الى غموس ان يحلف بالله كاذبا فيستغفر
الله تعالى ولا يوجب كفارة والى لغو نفسرها بالحلف على امر يظنه كما قال وهو خلافه لا لخلو
عن القصد فيرجى ان لا يواخذ بها والى منعقدة ان يحلف على فعل او ترك في المستقبل ش اليمين
بالله تعالى على ثلثة اقسام يمين الغموس ويمين لغو ويمين منعقدة فيمين الغموس ان يحلف بالله على
امر ماض او حال يتعمد فيها الكذب وهذه اليمين لا كفارة فيها عندنا خلافا للشافعي ولكن يستغفر

الله تعالى ويتوب اليه ويمين اللغو ان يحلف على امر يظنه على ما قال والامر خلافه وهذا التفسير
عندنا وعند الشافعي هو الذي يسبق لسانه بالحلف في اثنا كلامه كقوله والله ولا والله ولا يقصد
قصد اليمين وهذه اليمين نرجو ان لا يواخذه الله تعالى بها واليمين المنعقدة هو ان يحلف على امر
يفعله او يتركه في الزمان المستقبل فاذا لحنث فيه وجبت الكفارة ۞ وانما كانت ثلثة اقسام
لانها اما ان يكون على الماضي او الحال او الاستقبال فان كانت على الماضي او الحال فاما ان يتعمد الكذب
فيها او لا يتعمد والاول الغموس والثاني اللغو وان كانت على المستقبل فهي الثالثة سوا كان عامدا او ناسيا
مكرها او طايعا كما ياتي ان شا الله تعالى للشافعي وجوب الكفارة في الغموس ان الكفارة
شرعت لرفع هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق الهتك بالاستشهاد باسمه كاذبا فاشبه
المنعقدة اذا انقضت بالحنث فيها ولنا ان الغموس ليست يمينا حقيقة لان اليمين عقد
مشروع وهذه معصية كبيرة فلا تكون مشروعة وانما سميت يمينا مجازا لوجود صورة
اليمين كما نهى عليه السلم عن بيع الحر فسماه بيعا مجازا والكفارة دايرة بين العبادة والعقوبة فتعتمد
سببا دايرا بين الحظر والاباحة والمنعقدة باعتبار انها في ابتدايها تعظيم اسم الله تعالى
وفي انتهايها عند الحنث هتك حرمة اسم الله تعالى صلحت الكفارة حكما لها والغموس
كبيرة محضة يجب عنها عقوبة محضة فلا يصلح الكفارة حكما لها وسميت هذه اليمين غموسا
لانها تغمس صاحبها في نار جهنم ولهذا قلنا لا كفارة فيها واطلق قوله ان يحلف بالله
كاذبا ليشمل الماضي والحال فانه ذكر الاستقبال في المنعقدة من بعد فاليمين على الماضي
مثل قوله والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه فعله واليمين على الحال ان يقول والله ما لهذا
علي دين وهو يعلم ان له عليه فعلى من حلف بها ان يستغفر الله تعالى ويتوب اليه وامره الى
الله قال عليه السلم خمس من الكباير لا كفارة فيهن الاشراك بالله وعقوق الوالدين
وبهت المسلم والفرار من الزحف واليمين الغموس وقال عليه السلم اليمين الغموس تدع الديار
بلاقع ولم يذكر الكفارة ولو كانت واجبة لذكرها تعليما او لو كانت لها كفارة
لما تركت الديار بلاقع فالكفارة اسم لما يستر الذنب فيرتفع اثمه وعقوبته واما يمين اللغو
في الماضي كقوله والله ما دخلت الدار وهو يظن انه لم يدخلها والامر خلاف ذلك
وفي الحال كقوله لمن يقبل عليه والله انه لزيد وهو يظنه زيدا فاذا هو عمرو وهذا تفسير
اللغو عندنا وقال الشافعي هو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير
قصد لليمين وحكى ذلك محمد عن ابي حنيفة رحمه الله وعن عايشة رضي الله عنها مثل
ذلك موقوفا ومرفوعا وعن ابن عباس رضي الله عنهما هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى

انه صادق فانما قال نرجو ان لا يواخذ عليها وان كانت غير مواخذ عليها نصا بقوله تعالى
لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم باعتبار اختلاف تفسير اللغو فيجوز ان يكون ما فسرنا ها
به حقا ويحتمل ان لا يكون ولذلك قال نرجو ان لا يواخذ منها اي التفسير الذي فسرناها به
وانما قال في اللغو تفسيرها ما يحلف به اي بالله تعالى بدء فانه روى ابن رستم عن محمد رحمه الله
لا يكون اللغو الا في اليمين بالله خاصة وقد عبر عنه الكرخي فقال ما كان المحلوف به هو
الذي يلزمه بالحنث فلا لغو فيه وذلك لان من حلف بالله على امر يظنه كما قال وليس كذلك
لغا المحلوف عليه وبقي قوله والله فلا يلزمه شي واليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى
قوله امراته طالق او عبده حر او عليه الحج فيلزمه واما المنعقدة فان يحلف على امر في المستقبل
ان يفعله كقوله والله لاعطين زيدا درهما او على امر يتركه كقوله والله لا اكلمن زيدا فبره في
الفعل ان يفعل مرة وفي الترك ان يترك ابدا فمتى فعل مرة فقد حنث فيلزمه الكفارة ۞
قال فان كان المحلوف عليه فرضا وجب البر او معصية فالحنث او غيره خيرا رجح
الحنث او تساويا فالبر فالمنعقدة انواع منها ان يحلف على امر هو فرض كما اذا قال والله
لاصلين الفرايض ولاصومن شهر رمضان ولا تركن الزنا والسرقة فهذا يجب فيه البر
ولا يجوز الحنث لان المحلوف عليه فرض فتاكد باليمين ومنها ان يحلف على معصية كما
اذا عكس ذلك يجب عليه ان يحنث ويكفر يمينه ولا يجوز ان يبر في يمينه قال صلى الله عليه
وسلم من حلف ان يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصيه فلا يعصه ومنها اذا احلف
على امر غيره خير منه كما اذا حلف على هجران المسلم مثلا فهنا ترجح الحنث ويكفر قال
صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر
عن يمينه ولان الحنث يجبر بالكفارة ولا جابر للمعصية ومنها اذا حلف على امر غيره مساو
فههنا ترجح حفظ اليمين قال تعالى واحفظوا ايمانكم اي عن الحنث وهذه رواية قال
ويجب بالحنث الكفارة ان شا اعتق رقبة او كسا عشرة مساكين كلا منهم ثوبا شاملا
لبدنه فما زاد او ما يجزي فيه الصلوة او اطعمهم كالفطرة قال تعالى ولكن يواخذكم
بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم
او تحرير رقبة فالواجب واحد من هذه الثلثة يتعين بفعل العبد وفي هذه المسلة بين
الاصوليين كلام كثير موضعه الاصول والمذهب ما قلناه وتفصيل الاعتاق
والصيام قد مضى في كفارة الظهار واما الكسوة فهو لما يكتسى به والمقصود منها ازالة اسم
العري فكل ثوب يصير به مكتسيا يسمى كسوة والا فلا فاذا اختار الكسوة كسى عشرة مساكين كل

مسكين ما يطلق عليه اسم الكسوة فروى عن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه ما يستر عامة بدنه
فعلى هذا لا يجوز السراويل لان لابسه يسمى عريانا وعن محمد ادناه ما يجوز فيه الصلوة فلا
يجزيه الخف ولا القلنسوة لان لابس ذلك لا يسمى مكتسيا ولهذا لا يجوز فيها الصلوة
وقيل لكل مسكين ازار ورداء وقميص وقيل قباء ومثل ملحفة ومثل يجوز الازار ان
كان يتوشح به وان كان يستر عورته دون بدنه لا يجوز كالسراويل وعلى قول محمد يجوز لجواز
الصلوة فيه وعن ابي حنيفة في العمامة ان كانت سابغة مقدار الازار السابغ او يمكن ان يقطع
منها قميص جاز والا فلا ولا يجوز في الكسوة ويجزي عن الاطعام بالقيمة اذا نوى ذلك قال
ولا يوجب تمليكه ش الضمير راجع الى الاطعام اما الكفارة بغيره فلا تتادى الا بفعل
يزيل ملكه عن العين لتكون زاجرا رادعا له ليتحقق معنى العقوبة فلا بد فيه من التمليك ولو
اعاره لا يجوز لعدم زوال ملكه عن العين في العارية واما الاطعام فيجوز فيه الاباحة
عندنا وقال الشافعي التمليك فيه واجب ايضا لانه حق مالي فلا يتادى الا بالتمليك كالزكاة
ولنا ان الاطعام عند الاطلاق يراد به الاباحة قال تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم
والموجود من كل واحد في اطعام اهليه وهو الاباحة دون التمليك على ان الغرض من التمليك حاصل
بالاباحة فان ملكه يزول عن الطعام بالاباحة كما يزول بالتمليك قال ولو اطعم واحدا
عشرة ايام م اذا وجبت عليه كفارة يمين فاطعم مسكينا واحدا عشرة ايام جاز وقال
الشافعي رحمه الله لا يجزيه الا عن يوم واحد اعتبارا للصورة العدد ونحن اعتبرنا المعنى لانه صار
في كل يوم مصرفا فصح ما صرفه اليه عن كفارة يمينه كما لو صرف اليه شخص اخر عن كفارته
لانه يصير مصرفا باعتبار حاجته والحوائج تتجدد بتجدد الايام والمقصود بالايجاب دفع عشر
حاجات لا دفع حاجة عشرة اشخاص قال ولو اعتق رقبة باعتقها عن يمين ش
اذا كان عليه كفارتا يمين فاعتق عنهما رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها اجزاه عنهما وقال زفر لا واجزنا نخ
يجزيه عنهما ولا عن واحد منهما لانه باعتاقهما كان معتقا عن كل واحدة منهما نصف كل عبد
ونصف كل من العبدين لا يكون رقبة لاستحالة الجمع وليس له جعل ذلك عن احدهما بعد عتقه
لها كما لو اعتق عبدا واحدا عن ظهارين فانه لم يكن له ان يجعل عن احدهما ولنا ان نية التعيين
مع اتحاد الجنس لا اعتبار بها لعدم الفائدة بخلاف الجنسين ولهذا لو كان عليه قضاء ايام من
رمضان فنوى القضاء وان لم يعين اليوم المقضي صومه لاتحاد الجنس بخلاف ما لو كان بعضه رمضان
وبعضه نذرا فصام عنهما يومين لا يجزيه عنهما ولا عن احدهما ولا يمكنه جعل ذلك عن احدهما بعد
صومه عنهما للاختلاف الجنس ولو صام يوما في قضاء رمضان عن يومين اجزاه عن قضاء يوم واحد

وعلى هذا لو اعتق رقبة واحدة عن كفارتين كان له جعل ذلك عن احدهما قال
واطعام كل من عشرة صاعا عن كفارتين جعله عنهما وهما عن احدهما ش هذه معطوفة
على ما قبلها اي واعتبرنا اطعام كل من عشرة رجل عليه كفارتا يمين فاطعم عنهما عشرة
مساكين كل واحد صاعا من الحنطة اجزاه عنهما عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف
لا يجزيه الا عن احدهما وله ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وقال زفر لا يجزيه عنهما ولا عن احدهما لما تقدم
في المسئلة السابقة وللقائل ان يقول في ذلك نظر من حيث ان زفر في المسئلة الاولى بنى كلامه
على انه اعتق عن كل منهما نصف رقبة والجمع متعذر فلم يخرج عن العهدة وهنا لا يستقيم ذلك
لانه لما اطعم عشرة مساكين كل واحد صاعا فقد اطعم عن كل كفارة عشرة مساكين كل
واحد نصف صاع وانه يجزي اجماعا ويمكن ان يقال لما نوى باطعام صاع لكل فقير عنهما لم
يكن دافعا عن كل كفارة من كل صاع مودى الى فقير نصفه الى كل واحد من المساكين العشرة
لانه دفع كل الصاع عنهما ودفع صاع الى فقير في يوم واحد طعام فقير واحد لا نفاذ من في
نص الاطعام واطعام الواحد لا ينوب عن الاثنين فلم يجزه عنهما لهذا المعنى ولا يجزيه عن
احدهما لانه نواهما جميعا وهما غير احدهما ضرورة ان المجموع المركب غير من جزئين كل واحد من
ذينك الجزئين ولمحمد ان المؤدى صالح لهما والمحل قابل لصرفها اليه فيجزيه كما لو اطعم من ظهار وافطار
ستين مسكينا كل واحد صاعا من الحنطة وكما لو ادى على التعاقب وصار كفدية الصلوة
والصوم حيث يجوز الجمع دون التفريق حتى اذا اعطى فقيرا عشرة امنا من الحنطة عن خمس
صلوات او خمسة ايام اجزاه ولو ادى الى فقيرين منين من الحنطة عن صلوة او صوم يوم
لا يجزيه ولهما ان نية الجمع والتعيين لا عبرة لها لمصادفتها غير محلها لان اعتبار النية للتمييز
بين الاجناس المختلفة لاختلاف الغرض منها بخلاف الجنس الواحد واذا لغت والمؤدى صالح
للكفارة الواحدة لان التقدير بنصف صاع من البر لا يمنع الزيادة وانما يمنع النقصان
جعلناه عن واحدة منها احتياطا بخلاف فدية الصلوة والصوم فانها شبيهة بصدقة الفطر
من حيث انها حق مالي يجوز فيها الجمع كما في صدقة الفطر ويفارقها من حيث انها خلف
عما لا يتجزى وهو الصلوة والصيام فلم يجز التفريق اعتبارا بالاصل بخلاف صدقة
الفطر ولا كذلك الكفارات لان كلا منها اطعام عشرة مساكين وما اتي به لا يزيد على اطعام
عشرة مساكين اذ النية لغو لا اعتبار لها قال ولو امره باعتاقه عنه على جعل جعلناه
عن الامر وان لم يذكر البدل لم يجعله عنه وقالا عن المامور ش هاتان مسئلتان اولاهما
اذا قال له اعتق عبدك هذا عني بالف درهم علي فاعتقه جاز عن الامر ويلزمه الالف

وقال زفر يقع العتق عن المامور والولا له لانه هو المعتق وهذا الاسر غير مفيد لان
اعتاق الرجل ملك نفسه عن غيره محال اذ لا عتق في غير المملوك ولا يجوز اضمار التمليك ههنا
فان الاضمار لتصحيح المذكور ولو صرح بالتمليك ههنا لكان مبطلا للكلام لا مصححا فانه حينئذ يكون
معتقا عن الامر عبدا لا من نفسه وهو انما صرح بقوله اعتق عبدك ولنا ان تصحيح تصرف العاقل
واجب ما امكن ووجه التصحيح ان المعنى ملكني عبدك بالف واعتقه عني وهذا جائز لان
الملك شرط العتق والتمليك سبب للملك فيصير التمليك كالمذكور ويذكر العتق المستلزم
للملك كمن نذر ان يصلي يلزمه الطهارة او يعتكف يلزمه الصوم ويصير كالمذكور ولو قال بعتك
هذا العبد بكذا فقال المشتري هو حر عتق على المشتري ويصير القبول ثابتا مقتضى قوله
فهو حر ومراده بقوله عبدك هذا العبد واما هذه الاضافة لتعريفه في الحال لا لاضافة الملك
المسئلة الثانية اذا لم يذكر البدل فقال اعتق عبدك عني فاعتقه عتق عن المامور
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقع العتق عن الامر والولا له لانه استوهبه اياه في
ضمن امره باعتاقه عنه والمامور وهبه اياه في ضمن اعتاقه عنه فوقع عن الامر كما لو ذكر البدل
فان البيع والقبول يكونان ثابتا ضمنا والقبض المشروط في الهبة لثبوت الملك بها شرط في الهبة
المقصودة دون الضمنية لان هذه الهبة ثابتة في ضمن الاعتاق والقبض ليس شرطا فيه فلا يكون
شرطا فيما تضمنه وصار كقوله اطعم عن كفارة يميني عشرة مساكين ولم يذكر القبض
فانه يقع عن الامر اجماعا ولهما ان الهبة المقدرة معتبرة بالمحققة ولو استوهبه منه حقيقة
ووهبه اياه ثم امره باعتاقه عنه فاعتقه وقع عن المامور اجماعا فكذا الهبة الضمنية وهذا
لان القبض في الهبة شرط زوال ملك الواهب وثبوت ملك الموهوب له مطلقا بالنص والهبة
لا تفيد الملك بدونه ولم يوجد فلم يحصل الملك فاستحال العتق عنه اذ العتق يستلزم وجود
الملك فاذا اعتقه عن الامر وهو ليس بملك للامر تعين ان يقع عن المامور لان ملكه باق فيه
بخلاف ما لو ذكر البدل اذ البيع الضمني معتبر بالقصدي ولو قال اشتريته منك اعتقه
عني صح عن الامر واما اطعام عشرة مساكين فان الفقير نايب الامر في القبض فلا بد يصير
قابضا عن الكفارة اما العبد فلا يصلح نائبا عن الامر في قبض نفسه فانه في ملك المولى ويده
فلا يظهر يده على نفسه مع ظهور يد المولى ولا المولى يصلح نائبا عنه في القبض ايضا على ان القبض
فعل حسي فلا يصح ان يقدر في ضمن الاعتاق الذي هو تصرف شرعي بخلاف البيع فانه تصرف
شرعي يجوز ان يتضمن تصرفا اخر شرعيا قال فان لم يجد احدها صام ثلثة ايام يشترط
تتابعها ه هذا متعلق بقوله او اطعمهم كالفطرة والحق هذه المسائل لكونها من فروع

الاطعام والاعتاق فاذا لم يجد المكفر رقبة يعتقها ولا ما يطعم عشرة مساكين او يكسوهم
فانه يصوم ثلثة ايام لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم
والتتابع فيها شرط وقال الشافعي ليس بشرط لاطلاق النص فان كان من اصله ان المطلق يحمل على
المقيد الا ان النصوص تعارضت في التقييد فلم يمكن تقييد هذا الاطلاق ببعضها ترجيحا من غير
مرجح فان الصيام في كفارة الظهار منصوص على التتابع فيه وفي صوم المتعة في الحج منصوص
على التفريق فتعذر الحمل عليهما او على احدهما فتعين العمل بالاطلاق ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله
عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور الذي يزاد بمثله على الكتاب واما
صوم المتعة فموقت بمكان وجوبه الى وقت معين فلا يكون واجبا قبله فلا يشترط التتابع ولا التفريق
الا ترى انه لو نوى الاقامة بمكة سقط عنه صوم السبعة وابانة الخلاف فيه من الزوايد قال
ويعتبر الوجدان وعدمه وقت الاداء لا وقت الوجوب ه الواجد يكفر بالمال وغير الواجد يكفر
بالصيام والمعتبر في ذلك وقت الاداء وقال الشافعي وقت الحنث الذي هو وقت الوجوب لان الاداء
يجب على حسب الواجب وصار كالعبد اذا زنى ثم اعتق فانه يقام عليه حد العبيد ولنا ان
المعتبر وقت الاداء فان التكفير بالصوم بدل عن التكفير بالمال الا ترى انه لا يشرع مع القدرة عليه
ولا يجوز اداء البدل الا عند العجز عن اداء الاصل على مثال التيمم مع الوضوء بخلاف الحد لان حد العبيد
ليس بدلا عن حد الاحرار لجواز المصير اليه مع القدرة على اقامة حد الاحرار قال ولا يجزي التكفير
بالمال قبل الحنث ه اذا كفر عن يمينه بالمال قبل ان يحنث فيها لا يجوز وقال الشافعي يجوز لانه
اتى بها بعد انعقاد سببها فتجزئ عنه كما اذا صلى اول الوقت عند من يعلق الوجوب باخره
وكتعجيل الزكاة بعد ملك النصاب قبل الحول وهذا لان اليمين سبب وجوب الكفارة بدليل
اضافة الكفارة اليها وهو دليل السببية كزكاة المال وحج البيت قال تعالى ذلك كفارة ايمانكم
وصار كالتكفير بعد الجرح قبل الموت ولنا انه اداها قبل انعقاد سببها فلم يجز عنه وهذا
لان اليمين المفضية للحنث هي السبب لا مطلق اليمين لان الكفارة شرعت ساترة وطهرة لجناية
هتك حرمة الاسم وقبل النقض ليس فيها جناية بوجه ولا كفارة بدون ما هو جناية
فاذا انتقضت بالحنث صارت جناية من وجه فترتبت عليها الكفارة وهذا التكفير قبل الجناية
فلم يصح ويدل عليه قراءة ابن مسعود رضي الله عنه كفارة ايمانكم اذا حنثتم بخلاف ما استشهد
به لانه يكفر بعد وجود سبب الوجوب لان سبب وجوب الكفارة عليه قتله والجرح المفضي
الى الموت غالبا قتله بخلاف مطلق اليمين فانها ليست بسبب لعدم كونها جناية من وجه
قال ولا توجب يمين الكافر كفارة اذا حلف الكافر بالله فهي ليست صحيحة عند الشافعي واذا

حنث فيها يجب عليه الكفارة بالمال دون الصوم لان الكفارة مواخذة وحنث لما يحقق من
الهتك والكافر اهل للمواخذات وما هو المقصود من التكفير وهو رفع الهتك ممكن في
ايجاب ما يصح منه ايقاعه وهو الاعتاق والاطعام والكسوة دون ما لا يصح شرعا وهو
الصوم وهذا لان الاعتاق ليس بعبادة وضعا وبما ضمنه من معنى العبادة يقبل الفصل عنه
بخلاف الصوم ولنا ان الكفارة قربة والكافر ليس من اهل القربات اما الصوم فظاهر
واما الاعتاق واخواته فمعنى العبادة ظاهر فيها بدليل ان الصوم الذي هو خلف عنه عبادة
والخلف يودي الاصل ومعناه قوله انه قابل للفصل قلنا ولكن معنى التكفير انما يحصل بما
تضمنه من معنى العبادة ولولا ذلك لما تادى التكفير بالصوم وهذا لان معنى التكفير تغطية الذنب
وستره وذلك بواسطة ثواب الطاعة والعبادة الموداة ليكون الاتيان بها ماحيا لتلك
السيئة قال تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات قوله مواخذة قلنا سميت بذلك نظرا الى
السبب لا الى ذاتها فان العبادة منها ما شرع ابتلا ابتداء ومنها ما شرع ليكون ماحيا للذنب
فالثاني يصدق عليه العبادة باعتبار الذات والمواخذة باعتبار السبب وذلك لا ينافي وقوع
التكفير بما ضمنه من معنى العبادة والقربة قال ويستوي العامد والناسي والمكره في
اليمين وفي فعل المحلوف عليه اذا قصد اليمين او اكره عليها او نسيها وحنث فالكفارة
للحنث لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين وصورة الناسي
في اليمين ان يحلف ان لا يحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف فكونه ناسيا لا يمنع انعقاد اليمين
الثانية فهذه اليمين محلوف عليها بالنسبة الى اليمين الاولى وهي في ذاتها يمين فيحنث في اليمين
الثانية صار حانثا في الاولى فيجب الكفارة ثم اذا باشر المحلوف عليه في اليمين الثانية
يحنث ثانيا فيجب كفارة اخرى وكذلك المحلوف عليه اذا فعله مكرها او
فعله ناسيا فهو سوا لان الفعل الحقيقي لا يصير بالاكراه معدوما وانما الشرط هو الفعل
وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وان كان شرعية الكفارة للطهرة
عن الذنب ولا اثم على الناسي والمكره الا ان الحكم ههنا ادير على دليله وهو الحنث لا على
حقيقة الذنب قال ولا يصح يمين الصبي والمجنون والنايم ه وهذه زوايد ودليل ذلك مر في الطلاق

فصل فيما يكون يمينا وفيما لا يكون

قال ويحلف بالله تعالى وباسمائه بحروف القسم الواو والتاء وقد تضمن
نصب الاسم وخفض وبصفات ذاته الا العلم ولو حلف بغير ذلك لم يكن يمينا ه

حروف القسم الواو والتاء وردتها القران المجيد والله ربنا يحلفون بالله تالله لقد ارسلنا
واللام بدل من الباء فلو حلف فقال لله كان يمينا في المختار قال تعالى امنتم به وامنتم
له وبين اللام الدال على الاختصاص والباء الدال على الالصاق من المناسبة ما سوغ وقوع اللام
موقعها والاصل ان حرف الباء موضوعة للالصاق والواو بدل عن الباء لما بينهما من
الجمع الذي يلازم الالصاق والتاء تبدل من الواو كقولهم تراث وتجاه ولاصالة الباء في هذا الباب
دخلت على اسم الله وساير اسمائه وفي الكنايات كقولك بك لافعلن ولكون الواو بدلا لانها اختصت
بالاسماء الصريحة دون الكناية ولكون التاء بدلا عن البدل اختصت باسم الله وحده ولا يدخل
ساير الاسماء ولا على الكناية وهذه الحروف يذكر ظاهرة وقد يكون مضمرة وزاد تنبيها
على ذلك ان لك في الاسم النصب على اسقاط الخافض والجر على حاله ليكون دالا على المراد والنبي صلى
الله عليه وسلم حلف الذي طلق امراته البتة الله ما اردت بالبتة الا الواحدة والحذف شايع
في العربية تخفيفا والحلف في الاثبات والله لقد فعلت ولافعلن وكذا باللام او بالنون حتى
لو قال والله لافعل كذا من اليوم غير مؤكد بفعله لم يلزمه كفارة لاختصاص الحلف
في الاثبات بالتاكيد فيه ويحلف في النفي والله لا افعل كذا وانما الحلف بالله تعالى دون كان م
غيره لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر ولان تعظيم اسمه تبارك وتعالى
فرض وهتكه معصية والحلف باسمائه تعالى كالرحمن والرحيم منعقد نظرا الى العرف
وهل يحتاج الحالف بها الى النية قيل يحتاج اليها فيما يطلق على غيره تعالى كالحكيم والحليم
والعليم فيكون النسبة لتمييزه وقيل لا يحتاج الى النية في الحلف بجميع اسمائه تعالى لان
الحلف بغير الله عين وحل لا يجوز والظاهر من الحالف انه قصد يمينا صحيحة فيحمل عليه
فيكون حالفا الا ان ينوي غير الله تعالى لانه نوى محتمل كلامه وعن محمد رحمه الله وامانة
الله يمين وسيل عن معناه فقال لا ادري وكانه وجد العرب يحلفون بذلك عادة فجعله
يمينا وعن ابي يوسف ليس يمين لاحتمال انه اراد الفرايض ذكره الطحاوي واليمين ينعقد
بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان اليمين بها متعارف
ولان معنى اليمين وهو الحمل على الفعل او المنع منه بواسطة اعتقاد تعظيم اسم الله وصفاته حاصل
فصلح ذكره يمينا وانما اعتبرنا العرف في الصفة لان الصفة قد تذكر ويراد نفسها وقد تذكر ويراد
اثرها فاذا تعورف الحلف بها تعينت ارادة نفس الصفة دون اثرها اما اسم الله
تعالى فلا احتمال فيه غير ما دل عليه فلم يعتبر فيه العرف ثم الصفات منها صفات
الذات ومنها صفات الفعل لما وصفه به تعالى ولم يجز ان يوصف بضده فهو صفة ذات

كالقدرة والعزة والعلم والعظمة والحياة والسمع والبصر وما يوصف به وضده فهو من صفات
الفعل كالرحمة والرأفة والسخط والغضب فما كان من صفات الذات اذا حلف به كان يمينا
لان صفاته تعالى قديمة فما وقع به التعارف منها في الايمان صار ملحقا بالاسم والذات فيكون
يمينا ولهذا استثنى العلم لانه لم يقع التعارف بالحلف حتى قال عامة مشايخنا لا يكون يمينا
وان نواه لعدم التعارف وقد قال بعض مشايخنا يكون يمينا كغيره من الصفات ولان
ذكر صفات الذات كذكر الذات فان قوله وقدرة الله كقوله والله القادر وهذا هو
القياس في العلم لانه من صفات الذات الا ان العادة جارية بان يذكر العلم ويراد المعلوم
ومعلوم الله تعالى غيره ولقائل ان يقول ان الحالف بقدرة الله حالف مع ان القدرة
تذكر ويراد بها المقدور يقال انظر الى قدرة الله والجواب ان القرينة هي الصارفة
للفظ عن دلالته على حقيقة الوصف وهو قوله انظر الى قدرة الله اذ القدرة لا تعاين والمعنى
انظر الى اثر قدرة الله بحذف المضاف وعند عراء اللفظ عن قرينة صارفة فان اللفظ عند
الاطلاق ينصرف الى القدرة التي هي صفة قائمة بذاته تعالى وهي صفة تعورف الحلف بها
بخلاف العلم فانه يذكر ويراد المعلوم من غير قرينة صارفة مع عدم التعارف والمعلوم
غير العلم والحلف بغير الله وصفاته لا يجوز وقد قال النسفي رحمه الله التخصيص بصفات الذات
غير مستقيم على مذهب اهل الحق فان الصفات كلها قديمة قائمة بذاته تعالى والصحيح ما قاله
محمد رحمه الله ان هذه الاشياء تذكر ويراد بها غير الصفة فلهذا لم يصر حالفا
بالشك فان الرحمة تذكر ويراد بها المطر والنعمة ويراد بها الجنة قال تعالى ففي رحمة
الله هم فيها خالدون والسخط والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب في النار والرضا يراد
به ما يقع من النعيم في الجنة فصار حالفا بغير الله من هذا الوجه ثم الحلف بغير ذلك ليس بيمين
اعني بغير الله تعالى واسمائه وصفاته وهذا كما اذا حلف بالكعبة او بالنبي صلى الله عليه
وسلم لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ولان اليمين انما اختص
باسم الله تعالى وصفاته واسمائه تعظيما له تعالى فلا ينبغي ان يحلف بغيره تحرزا عن شبهة
الشرك وعلى هذا اذا حلف بالقرآن لان الحلف به غير متعارف فانه يذكر ويراد الصفة
القائمة بذاته تعالى ويذكر ويراد ما يدل على الصفة القائمة بذاته ولا يعرف معنى الصفة
فكان مترددا في نفسه فلا ينعقد به اليمين اما لو حلف فقال وكلام الله القديم او وكلام الله
القائم بذاته ينعقد لارتفاع التردد قال صاحب الهداية ومعنى ذلك ان يقول والنبي والقرآن
واما لو قال انا بريء منه فيكون يمينا لان التبري منهما كفر ويفترق هذا ان التبري من الشيء بالقرآن

كفر فاذا علق به فعلا او تركه فقد اعتقد ان فعل ذلك او تركه واجب ولا يجوز
ان يكون واجبا لذاته بل واجبا لغيره وهو اليمين فكان كقوله والله فكان يمينا قال ولو قال
وحق الله جعله يمينا قال ابو يوسف في رواية عنه اذا حلف فقال وحق الله لا افعل كذا
انعقد يمينا وفي رواية اخرى عنه وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لا ينعقد يمينا
وجه الاولى ان الحق من صفاته تعالى الذاتية وهو حقيقة فنزل منزلة قوله والله الحق
والحلف بهذا متعارف والاضافة بمنزلته وجه الاخرى ان حق الله يذكر ويراد به
طاعته اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله فلا ينعقد بخلاف قوله والله الحق اذا
جره صفة على الاسم فانه ينقطع هذا الاحتمال ولو قال والحق معرفا كان يمينا لانه اسم
من اسمائه تعالى ولو قال حقا منكرا لم ينعقد لاحتمال ان يراد به تحقيق الوعد بالا
واليمين بوجه الله ليس بيمين ويخالفه ه قال ابو حنيفة اذا حلف فقال ووجه
الله لم يكن يمينا وقال ابو يوسف هو يمين لان وجه الله ذاته قال تعالى كل شيء
هالك الا وجهه وله انه يطلق ولا يراد به الذات ولا الصفة كقولك فعلت ذلك
ابتغي به وجه الله فانه لا يراد الصفة ولا الذات واذا استعمل في غير الذات والصفة
وقع الشك في انعقاد اليمين فلا ينعقد بالشك قال وجعلنا اشهد واقسم واحلف
ايمانا كقوله اشهد بالله اذا قال اشهد او احلف او اقسم من غير ان يقول اشهد
بالله او اقسم بالله يمينا خلافا لزفر وقوله اشهد بالله يمين بالاجماع هكذا نص على
الخلاف في المنظومة وذكر صاحب اشارات الاسرار اذا قال اشهد او اشهد
بالله فهو يمين خلافا لزفر وعلله بانهما لفظان بان الشهادة حجة المدعي واليمين حجة
للدفع فلم يكن الشهادة في معنى اليمين وكذا اذا اكد بقوله بالله لانه تاكيد للشهادة
ولنا ان الشهادة في عرف اللسان تستعمل لليمين يقول العرف خذ شهادته اي يمينه
وفي الشهادة معنى الايجاب فكان يمينا ولزفر على القول الاول ان المحلوف به عند الاطلا ف
غير معين فلا ينعقد اليمين بالشك فاذا قال بالله تعين ولنا ان الحلف بغير الله غير مشروع
والظاهر من الحالف ارادة ما هو المشروع فينصرف عند الاطلاق اليه وهذه الالفاظ
ايمان قال تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم اذا سموا اليمين منها حين قالوا نشهد انك
لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة قال ويجوز بعهد الله وميثاقه وعلي
نذر ونذر الله لان العهد يمين قال تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد
وكذا قوله وعلي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر ولم يسم فعليه كفارة يمين قال

اوان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او بري من الله تعالى يجعله يمينا ﻫ وقال الشافعي
رحمه الله اذا قال الرجل ان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني او كافر او بري من الله
ولفظ البراءة زايد يقول من الوجيز لم يكن يمينا ولا يكفر بالاجماع وعندنا هو يمين
يجب بالحنث فيها الكفارة له ان اليمين التي يجب فيها الكفارة محصورة شرعا في اليمين
بالله او بالحلف بشيء من صفاته واسمائه عرفا والموجود منه ليس يمينا بالله ولا بشيء من صفاته فلا
ينعقد موجبه للكفارة ولنا انه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب
الامتناع والامتناع ليس بالذات فوجب ان يكون بواسطة وقد امكن جعل الوجوب باليمين
كما نقول في تحريم الحلال فكان يمينا وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من حلف باليهودية والنصرانية
فهو يمين ولو كان قال لشيء قد فعله في الماضي فهو الغموس وهل يكفر وقيل لا يكفر اعتبارا للماضي
بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا نجز فقال هو يهودي قال صاحب الهداية والصحيح
انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حتى
اقدم على الفعل قال او فعليه غضب الله او هو زان او شارب خمر او سارق او آكل
ربا فليس بحالف ﻫ لان قوله فعليه غضب الله دعا على نفسه والدعا لا يتعلق بالشرط لان الشرط
ما له اثر في وجود الجزا عند وجوده ولا اثر لوجود الشرط مع عدم المعصية في وجود الغضب
ولا لعدم الشرط مع وجود المعصية في عدم الغضب لعلمنا ان الغضب من مسببات المعصية
لا من مسببات التعليق ولذلك لا اثر للتعليق في وجود هذه الافعال فان وجودها باسباب
اخرى قال او حرم على نفسه شيئا مما يملكه كان يمينا ﻫ اذا حرم على نفسه
شيئا مما يملكه لم يصر بتحريمه محرما لما ولكنه يمين اذا فعل شيئا مما حرمه يكفر يمينه لان
اللفظ صريح في اثبات الحرمة والحرمة لا تثبت لعينها وقد امكن اثباتها لغيرها وهو اثبات
موجب اليمين فيصرف اليه فاذا فعل شيئا مما حرم على نفسه قليلا كان او كثيرا حنث
ووجبت الكفارة لان التحريم مطلق متناول كل جزء من اجزائه وهو المعنى بقول القدوري
رحمه الله وعليه ان استباحه كفارة يمين اطلق الاستباحة وان لم يكن حراما على وجه
الشياع نظرا الى اعتقاد الحالف قال او قال كل حلال علي حرام انصرف الى الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك وقيل يفتى بوقوع الطلاق به من غير نية القياس في هذه المسألة
ما ذهب اليه زفر وهو الحنث عقيب الفراغ من هذا الكلام لانه باشر فعلا مباحا له
كالتنفس ونحوه فيحنث والاستحسان ما هو ما ذهب اليه اصحابنا لان المقصود من اليمين انما
هو البر ولا يحصل اذا حمل اللفظ على عمومه وعند سقوط اعتبار العموم وحمل على ما

هو المتعارف عادة وهو الطعام والشراب ولا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها كان ذلك
ايلاء كانه قال والله لا اقربك ولا يصرف اليمين عن المأكول والمشروب ونظير ذلك اذا قال
عمرة طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم يقال لها امرأة اخرى اسمها عمرة عنيتها باليمين طلقت
تلك بارادته وهذه بظاهر لفظه وكذا ههنا يدخل المطعوم والمشروب بظاهر اللفظ والمرأة
بالنية وهكذا هو جواب الرواية وذكر صاحب الهداية ان مشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به
الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى قال واذا وصل بيمينه ان
شاء الله فلا حنث عليه ﻫ اذا حلف بيمين وقال متصلا ان شاء الله لم يحنث لقوله صلى الله عليه
وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه يريد عدم الحنث لان الاستثناء
على انعقاد اليمين ولم ينعقد الا ان الاتصال باليمين شرط لان الاستثناء بعد الفراغ
من اليمين رجوع والرجوع في التصرفات اللازمة غير مقبول قال ومن نذر نذرا مطلقا
لزمه الوفاء به والصحيح في المعلق بشرط لا يراد لزوم الكفارة وفي المراد الاتفاق وافقه ﻫ
اذا نذر نذرا مطلقا اي غير معلق بشرط كما اذا قال لله علي كذا لزمه الوفا بما سماه لقوله
صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا وسمى فعليه الوفا بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد ذلك الشرط
روي عن ابي حنيفة انه يجب عليه الوفا بنفس النذر لاطلاق ما روينا وانه يشمل المعلق والمنجز
عند وجود الشرط وروي ان الامام رجع عن هذا في آخر حياته وقال اذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهذا قول محمد
رحمه الله ولو وفى بما سماه اجزاه وهذا اذا كان الشرط غير مراد للحالف كقوله ان كلمت
زيدا فلله علي كذا وكذا لان في ذلك معنى اليمين وهو المنع وهو ظاهر اللفظ نذر فيتخير بين ان يفي
بما سماه وبين ان يكفر اعتبارا للمعنى اما اذا كان الشرط مرادا كقوله ان شفى الله مريضي فلله علي كذا
فان الوفا لازم لعدم ذلك المعنى يعني اليمين وهو المنع قال صاحب الهداية وهذا التفصيل هو الصحيح
وقد اخترته للفتوى وهو من الزوايد وصاحب المنظومة رحمه الله اقام الخلاف مع الشافعي
في المسألة وما هو مذهب الشافعي هو الصحيح من مذهبنا فتركت ضبط الخلاف معه فيه
وللشافعي في المسألة اقوال ذكرها صاحب الوجيز فقال ولو قال ان فعلت كذا فلله علي صوم
او صلوة لزمه الوفا به في قول كما لو قال ان شفا الله مريضي او ذكر عند حصول نعمة او دفع
بلية وعلى قول يلزمه كفارة يمين لان مقصوده المنع ويجري في كل ما يقصد امتناعه وعلى
قول يتخير بين الوفا والكفارة وهذه كلها اقوال اصحابنا قال وقوله لله علي
المشي الى الحرم او المسجد الحرام غير ملزم شيئا والزامه حجة او عمرة قال ابو حنيفة رضي

الله عنه اذا قال لله علي المشي الى الحرم او قال الى المسجد لم يلزمه شي وقالا يلزمه حجة او عمرة
كما اذا قال لله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة او على زيارة بيت الله ماشيا
حيث يلزمه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واراق دما لان هذه العبارات صارت كنايات
عن التزام الاحرام بحكم العرف فكذا الحكم في المتنازع لعدم الفرق بين الفصلين وله
ان القياس يأبى التزامه شيئا في العبارات كلها لانه ليس فيها ما ينبئ عن التزام الاحرام صريحا
لكنا استحسنا في كل لفظ تعورف فيه التزام الاحرام به فقلنا بلزومه نظرا الى العرف
وعملنا بالقياس فيما لا تعارف فيه من الالفاظ كما لو قال لله علي المشي الى الصفا والمروة او
قال على الذهاب الى بيت الله او على اتيان بيت الله او الخروج الى بيت الله فكذا الكلام في
المتنازع فيه قال [illegible] او ان لم احج العام فعبدي حر فادعى الحج وبرهن على انه ضحى بالكوفة
اي يعتقه رجل قال ان لم احج العام فعبدي حر ثم ادعى انه حج وادعى العبد انه ما حج العام
واقام بينة على انه ضحى العام بالكوفة قال محمد يعتق العبد وقالا لا يعتق لانها بينة قامت على
الاثبات معنى ولفظا اما معنى فلان المقصود هو اثبات العتق واما لفظا فلانها قامت على التضحية
بالكوفة ومن ضرورته عدم حجه العام فيتحقق شرط العتق ولهما انها شهادة على النفي فلا
تقبل لان الشهادة لاثبات التضحية بالكوفة غير مقبولة لان التضحية مما لا مطالب بها فلا
يدخل تحت الحكم فكانت شهادة على عدم الحج ولو شهدوا انه لم يحج العام لم تقبل فكذا هذا فان
قيل انما لا تقبل الشهادة على النفي لانه لا علم للشاهد به حتى لو كانت مما يحيط الشاهد به
علما قبلت يدل على ذلك مسئلة السير وهي ما اذا شهد شاهدان على رجل انا سمعناه يقول
المسيح ابن الله ولم يقل قالت النصارى متصلا به سابقا عليه وقد بانت منه امرأته وانكر
الرجل فتقبل هذه الشهادة وهي على النفي لكن احاطة علم الشاهد به قلنا تعارض
ههنا دليلان وذلك ان من الاحكام ما يدار فيه الحكم على الاسباب الدالة على
المعاني المؤثرة وهذه الجهة نافية للقبول ههنا ومنها ما اعتبر فيها في حقنا الاحكام
حقائق المعاني المؤثرة لا نفس الاسباب وهذه الجهة موجبة للقبول ههنا اذ هو مما يحيط
به علم الشاهد كما في قوله ان احببتني فانت طالق وقالت احبك فان صاحب الشرع
اعتبر الصيغة الدالة على المحبة في حق نفسها واعتبر حقيقة المحبة في حق الضرة ولكل
من الاصلين نظاير فقلنا في مسئلة السير المتعلق بالشهادة الحرمة رجحنا الجهة الموجبة
للقبول فاعتبرنا حقيقة المعنى احترازا بالاحتياط في باب الحرمة وفي مسئلتنا المتعلق
بالشهادة زوال ملك العبد المحتاج الى ملكه رجحنا فيه الجهة النافية للقبول على

الموجبة اما رفعا لحاجة المالك واما لان اليقين لا يزال بالشك او لان الجهتين تساقطتا بالمعارض
فبقي الملك الثابت للعبد فكذلك قال [illegible] او ما املكه غدا حر يخصه بما يحدث فيه لا
مطلقا اي رجل قال كل مملوك املكه غدا فهو حر يتناول ما استحدث الملك فيه غدا دون
غيره عند ابي يوسف وعند محمد يعتق من كان في ملكه في الحال من العبيد وما يحدث له ملكه
في يومه وليلته التالية ليومه وغده لابي يوسف ان افعل يستعمل اما للحال او اما للاستقبال
ولا يستعمل فيهما معا وقد قرن به ههنا ما يدل على الاستقبال وهو قوله غدا فتعين الاستقبال
مرادا فيعتق ما يحدث ملكه في الغد كما لو قال ما املكه بعد غد او ما سأملكه غدا
ولمحمد ان الغد في امتداد المجلس اليه مثل اليوم في قوله كل مملوك انا مالكه غدا فهو حر او لا
ولا فرق بين قولك انا املك الف درهم وبين قوله انا مالك الف درهم ولهذا عتق كل مملوك حدث
حدث له الملك فيه في بقية اليوم لعقد هذه اليمين وما جعل وقتا لهذه اليمين اذ لو لم يجعل
كذلك لم يخل اما ان اريد به الحال ووقت اليمين او الزمان المستقبل اللاتي بعدها فان اريد
الاول وجب ان لا يعتق ما ملكه وقت اليمين ومع ذلك نحن نجعله مع عتق كليهما لان قوله
املك غدا محمول على معنى قوله انا مالكه غدا لان المجلس الذي اعتبره الشرع جامعا للمفرقات
قد يمتد الى الغد كما يمتد الى اخر اليوم فوجب ان لا يفترق الحال فيما ملكه ذلك اليوم وفيما
ملكه غدا لان عتق من يحدث الملك فيه في اليوم انما كان لكونه ملحقا بالحال باعتبار
امتداد المجلس الى اخر اليوم وكذا يمتد الى الغد فوجب الحاقه بالحال في حق هذا الحكم بخلاف
قوله بعد غد لان المجلس لا يمتد الى ما بعد الغد وبخلاف قوله ما سأملكه لعدم تناوله ما له
في الحال لتخصصه بحرف السين للاستقبال قال ويلغو نذر ذبح الولد واوجبا
ذبح شاة اي قال ابو يوسف وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله اذا نذر ذبح ولده لا يلزمه بهذا
النذر شي وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله صح ويلزمه ذبح شاة في ايام النحر او في الحرم لهم
انه نذر باراقة دم معصوم فكان نذرا بمعصية فيلغو لقوله صلى الله عليه وسلم لا نذر في معصية الله
ولهما وهو الاستحسان ان الشاة محل الايجاب ذبحها بالايجاب مضاف الى الولد وايجاب
ذبحها باضافة النذر اليها نفسها صحيح فكذا الاضافة الى الولد قياسا عليه وقصة الخليل صلوات
الله عليه تبين هذه الدعوى لانه امر بذبح الولد وخرج عن عهدته بذبح الشاة مع بقاء
الامر بذبح الولد فان ذبح الشاة لم يجب بامر اخر وتسمية الشرع اياه فداء دليل على بقاء الامر وانما
قلنا انه خرج عن العهدة بذبح الشاة لقوله تعالى قد صدقت الرؤيا فان اهل التفسير قالوا
في الاية تقديم وتأخير تقدير الكلام فلما اسلما وتله للجبين وفديناه بذبح عظيم ذبح الفدا

وناديناه ان يا ابرهيم قد صدقت الرؤيا اى بذبح الفدا فكان يحقق ذبح الشاة اتيانا بالتزمه من ذبح الولد بالنذر به وانما يكون كذلك اذا كان للناذر بذبحه ملتزما لذبح الشاة ليكون بذبحها اتيا بما التزمه ويكون الولد ذبيحا بذبح الشاة حكما ولهذا قال عليه السلم انا ابن الذبيحين يشير الى عبد الله واسمعيل ولم يكونا ذبيحين بعينهما لكن بواسطه ذبح الفدا عنهما هذا نذرا بالمعصيه لان جعل الولد ذبيحا حكما بذبح الشاة عنه ليس بمعصيه لتناوله الحديث وليس معنى قولنا ان النذر بذبح الولد صحيح الا ان يجعله ذبيحا بذبح الشاة عنه قال ولحق العبد بالولد فيه ﻫ قال محمد رحمه الله اذا نذر ان يذبح عبده صح النذر فيوجب ذبح شاة في الحرم او في ايام النحر في غير الحرم وقال ابو حنيفه وابو يوسف لا يصح نذره لان العبد كسب المولى وملكه وقد مر ان النذر بذبح الولد صحيح يوجب لذبح الشاة مع انه كسبه فملكه فلان يثبت حكمه في العبد الذى هو كسبه وملكه اولى وابو يوسف قد مر على ما اصله فلا احتاج الى الفرق وفرق لابي حنيفه ان الخليل ذبح الشاة بالنذر بذبح الولد انما كان كرامه للولد استبدلا لا بقصبه للخليل عليه السلم والعبد لا يستحق من الكرامه ما يستحق الولد فتعذر الحاقه به في حق هذا الحكم قال ونذره ذبح نفسه باطل ولحقه بالولد قال ابو حنيفه رضى الله عنه اذا نذر ان يذبح نفسه فهو باطل وقال محمد صح ويجب ذبح شاة في الحرم او في ايام النحر في غير الحرم قياسا للنفس بالولد كما قاس العبد به وابو حنيفه رضى الله عنه اباه والفرق له ان نفسه وان استحقت الكرامه التى استحقها ولده ولم يستحقها عبده الا ان نفسه ليس كسبا له وقد قال عليه السلم المرء احق بكسبه وان ولده من كسبه الا ترى انه لم يصح النذر بذبح الاب والجد والام بالاجماع لانهم ليسوا من كسبه ﻫ

فصل في اليمين في الدخول والخروج والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبه او المسجد او بيعة او كنيسة او لا يدخل دارا او هذا البيت فدخلها بعد الخراب لم يحنث بخلاف هذه الداره هذه مسايل الاولى اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبه او المسجد او بيعه او كنيسه لم يحنث لان البيت ما يبنى لقصد البيتوتة فيه واللفظ ينبى عن ذلك وهذه البقاع لم تبن لذلك وعلى هذا لو دخل دهليزا او ظله باب الدار لم يحنث وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب بقى داخلا وهو مسقف حنث لانه يبات في مثل ذلك عادة فيتناوله اللفظ الثانيه اذا حلف لا يدخل دارا فدخلها بعد ما خربت لم يحنث والثالثه لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما خربت وصارت صحرا حنث والفرق ان الدار اسم للعرصه فيقال دار عامرة وكان

غامرة والبنا منها من التوابع والاوصاف الا ان الوصف في الغايب معتبر وفي الحاضر لغو فكانه قال لا ادخل هذه العرصه المبنيه فلغوا لوصف مع الاشارة اذ الوصف للتعريف والاشاره ابلغ فيه وعلى هذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت فدخلها حنث لما مر ان الاسم باق بعد الانهدام ولو جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لزوال الاسم بعد اعتراض اسم اخر فلو انهدم ما بنى ثانيا فدخل لم يحنث ايضا لعدم عود اسم الدار الى تلك العرصه واذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما خرب لم يحنث وينزل البيت منزله التنكير في الدار لان اسم البيت بعد الخراب والانهدام يزول فانه لا يبات فيه حينئذ حتى لو سقطت الحيطان وخرب السقف فدخله يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا لو بنى بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام باعتبار ذاته وان المشار اليه قال او لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها او دخل دهليزها او في طاق الباب بحيث اذا اغلق كان داخلا حنث ﻫ اما الاول فلان سطح الدار من الدار ولهذا قال المعتكف اذا صعد سطح المسجد لا يفسد اعتكافه لكونه في المسجد وقيل في عرفنا هذا لا يحنث وهو اختيار الى الليث رحمه الله واما الدهليز فقد مر التفصيل فيه ويجب ان يكون اطلاق القدوري رحمه الله محمولا على ذلك واما طاق الباب فانه اذا وقف بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لعدم وجود الشرط وهو دخول الدار اذ الطاق لا يعد من الدار وما فيها وان وقف بحيث اذا اغلق كان داخلا حنث لوجود شرط الحنث قال او دار فلان يشترط حنثه ان يضاف اليه وقت اليمين والحنث وقالا وقت الحنث ﻫ ان الملك في الدار يستبدل عادة فانصرف اليمين الى الدار الموجوده في الحال الثابته على ملكه الى وقت دخولها لانصراف الفهم الى ذلك ولهما ان الدار والثوب والعبد في المملوكيه سوا والمنع من الدخول لوحشه من المالك فلا يختص ذلك بالمضافه اليه وقت اليمين والحنث جميعا بل ينصرف الى المضافه اليه زمان الحنث كما في الثوب قال ونسوى بين المستاجره والمملوكه اذا قال والله لا ادخل دار فلان وفلان ساكن في دار غيره باجارة او اعارة فدخلها لا يحنث عند الشافعي لانها ليست بداره حقيقه ولهذا اذا دخل دارا مملوكه له حنث ولنا ان مقتضى الاضافه للاختصاص والدار المسكونه بالاجاره مختصه به ولانها مضافه اليه عرفا والايمان مبناها على العرف يؤيد ذلك ما روى انه صلى الله عليه وسلم مر بحايط فقال لمن هذا فقال رافع بن خديج لي يا رسول الله استاجرته فلم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم واما الدار المملوكه لفلان ان كان يسكنها غيره

ولا سكنى لمالكها فيها بوجه من الوجوه فانا نمنع حنثه بدخولها وان كان لفلان فيها
سكنى بوجه يحنث باعتبار شمول السكنى كليهما كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث
بدخولها راكبا وماشيا لعموم المجاز حيث صار ذلك مجازا عن الدخول قال او هذه
الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود اذا قال والله لا ادخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود
حتى يخرج منها ثم يرجع فيدخلها ولم يصرح هذا في المتن لظهور دلالة قوله بالقعود عليه وهذا
استحسان والقياس ان يحنث تنزيلا للبقاء منزلة الابتداء واذا الاصل في الفعل الممتد ان يعطى للدوام
حكم ابتدائه ووجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه عبارة عن الحالة التي بها ينفصل
من الخارج الى الداخل فاذا لم يكن فعلا ممتدا فارق بقاؤه ابتداءه قال او لا يدخل
بغداد فانحدر في دجلة لم يحنثه وخالفه ه قال ابو يوسف رحمه الله اذا حلف لا يدخل بغداد
فمر بها في السفينة لم يحنث ما لم يخرج منها الى الشاطئ لانه لم يدخل بغداد لان دجلة لا يقع عليها
ايدي اهل بغداد كما يقع على الاراضي والابنية فلم يكن دجلة منها وقال محمد يحنث لانه اذا اجتاز
بها فقد دخل بغداد وخرج منها فوجد شرط الحنث فيحنث الا ترى ان البغدادي اذا اجتاز
الموصل بقصد البصرة في السفينة بمر بغداد يصير مقيما بالاجتياز بها ويلزمه اتمام الصلوة
عند ذلك وليس له ان يترخص برخص المسافرين قال او لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه
فنزعه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل او لا يسكن هذه الدار وهو فيها فاخذ في
النقلة لم يحنث ه وقد ذهب زفر رحمه الله الى الحنث لوجود الشرط وان قل ولنا
ان المقصود من عقد اليمين هو البر وانه متعذر بهذه اليمين ما لم يستثن زمان تحققه فيه
فان لبث ساعة حنث وقيدنا ذلك في المتن بحرف الفاء الدال على التعقيب لان قوله فنزعه
وقوله فنزل وقوله فاخذ في النقلة يفهم منه انه لم يتلبث والفرق بين هذه الافعال وبين
الدخول انها مما يمتد فانه يضرب لها اجال فيقال لبست هذا الثوب يوما وركبت
الدابة يوما وسكنت هذه الدار شهرا فاعطي لبقائها حكم ابتدائها بخلاف الدخول فانه لا
يقال دخلت هذه الدار يوما على ان اليوم كان وقتا للدخول على معنى الظرفية قال
او لا يسكن هذه الدار فخرج وخلف اهله ومتاعه حنث ه لانه يعد ساكنا ببقاء
اهله ومتاعه فيها عرفا ولو كانت اليمين على المحلة او على السكة فلذلك الجواب ولو
كانت اليمين على المصر فروي عن ابي يوسف انه لا يتوقف البر على نقل الاهل والمتاع لانه
بعد الانتقال لا يعد ساكنا في المصر بخلاف المسئلة الاولى والقرية بمنزلة المصر في الصحيح وقد اختلف
علماؤنا رحمهم الله فقال ابو حنيفة رضي الله عنه يجب ان ينقل متاعه كله حتى لو بقي منه وتد حنث

لان السكنى ثابتة بمجموع المتاع فتبقى ما بقي منه شيء وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر
اقامة له مقام الكل حيث تعذر نقل الكل ويستلزم الحرج وقال محمد المعتبر في ذلك
نقل ما تقوم به سكناه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى وقد مال المشايخ رحمهم الله الى قول
محمد لانه ارفق بالناس واستحسنوه وعليه الفتوى قال او لا يخرج من المسجد فامر من اخرجه
حنث ولو كان مكرها او برضاه لم يحنث ه هذه ثلث مسائل من الزوائد اما الاولى فلان اليمين
انعقدت على فعل نفسه لكن فعل المامور وان كان صادرا عنه حقيقة لكنه مضاف الى الآمر بواسطة
امره فانتقل اليه حكما وصار كما لو ركب دابة فخرجت به واما الثانية فان المكره قد عدم فعله
حقيقة وهو ظاهر وحكما لعدم الامر منه وهذا فيما اذا حمله واخرجه من غير فعل اختياري منه اما
لو هدده فخرج بنفسه يحنث لوجود الفعل منه حقيقة وفعل المحلوف عليه مكرها ينزل منزلة فعله
اختيارا وقال بعض مشايخنا يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يفعل صار كالآمر به
قال صاحب المبسوط والاصح انه لا يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه ولم يوجد حقيقة
وحكما لان فعل الغير بامره واستعماله اياه يصير مضافا اليه واما الثالثة فاذا حمله
واخرجه وهو راض بذلك لم يحنث في الصحيح لان انتقال الفعل الى غير الفاعل حقيقة بواسطة
الامر لا بمجرد الرضا قال او لا يخرج امراته الا باذنه اشترط الاذن في كل خروج او الا ان
اشترط مرة ه هاتان مسئلتان الاولى اذا حلف لا يخرج امراته الا باذنه فاذن لها فخرجت ثم
خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث وشرط البر الاذن في كل خروج والثانية اذا قال الا ان
اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعد ذلك بغير اذنه لم يحنث والفرق بين المسئلتين
ان الباء للالصاق والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس والاذن ليس من جنس الخروج فكان
التقدير ان خرجت الا خروجا ملصقا باذني لحصر العام وقوله في المسئلة الثانية الا ان كلمة غاية
ينتهي اليمين بها كما لو قال حتى اذن لك ولو نوى في المسئلة الاولى الاذن مرة صدق ديانة لانه
نوى محتمل كلامه فان الاستثناء قد يراد به الغاية لانهما حكم صدر الكلام بالاستثناء ولا يصدق
في القضاء لانه خلاف الظاهر قال ولو اذن ولم يسمع فخرجت لم يحنثه ه رجل قال لامراته
ان خرجت الا باذني فانت طالق فاذن لها ولم تسمع فخرجت لم يحنث عند ابي يوسف لان قصده منعها
من الخروج بغير رضاه وقد رضي فصار كما لو قال الا ان امرك او رضي او الا بامري او برضاي وقال ابو
حنيفة ومحمد يحنث لان الاذن من الاذان الذي هو الاعلام ولم يوجد حتى لو كانت اليمين بالفارسية
كانت الفتوى على قول ابي يوسف لعدم الاشتقاق قال او لا يخرج الا باذنه ثم اذن لها فيه
مرات ثم نهاها فخرجت لم يحنثه وخالفه كما لو رخص الاذن ه رجل قال ان خرجت من هذه الدار

الا باذني فانت طالق ثم قال لها اذنت لك ان تخرجي متى شئت ثم نهاها عن الخروج ثم
خرجت لا تطلق الطلاق عند ابي يوسف وتقع عند محمد ولو كان استاذنته في الخروج
فاذن لها اذنا خاصا ثم نهاها فخرجت حنث اجماعا لابي يوسف انه لما عم الاذن بجميع الجهات
الممكنة فقد فات شرط الحنث وهو الخروج بغير اذن فمتى فات الشرط بطلت اليمين اذ لا بد منه في
بقائها فلم يعمل نهيه بخلاف ما اذا خص الاذن لان اليمين باقية فيعمل النهي عمله بحمل الاذن
كأن لم يكن ولمحمد ان الاذن العام يبطل بالنهي بعده اعتبارا بالخاص وعدم الفائدة في بقاء اليمين
ممنوع لجواز لحوق النهي بعد الاذن العام فيبطل قال ولو ارادت الخروج فقال ان خرجت
فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث ه هذه اليمين تسمى يمين الفور وزادها في الكتاب
لتكون شاهدة له الى الحكم في نظايرها مثل ذلك اذا اراد الرجل ضرب عبده فقال له اخر ان
ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لم يحنث وقد تفرد ابو حنيفة رضي الله عنه باظهارها ووجهها
ان مراد الحالف رد الضارب والخارجة عن تلك الضربة والخرجة في العرف والايمان مبنية على
العرف قال او لياتين البصرة فلم يات حنث في اخر جزء من حياته ه لان البر قبل الموت
مرجو قال او ليأتينه ان استطاع حمل على استطاعة الصحة لا القدرة ه المراد في
استطاعة الصحة سلامة الالات وهو ان لا مرض ولا منع السلطان ولم يحدث امر لا يقدر على
اتيانه فاذا لم ياته والحالة هذه حنث وهذا لان الاستطاعة حقيقة هي المقارنة للفعل وفي
العرف تطلق على سلامة الالات وصحة الاسباب فعند الاطلاق ينصرف الى المتعارف ولو نوى
الاول صح ديانة لانه قد نوى حقيقة كلامه ولم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر الذي عليه
العرف وقيل صح في القضاء ايضا قال او لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده المأذون
فهو غير حانث في المستغرق بالدين مطلقا وحانث في غيره ان نواه ويحكم بالحنث انه لا
مطلقا ه هذا ينبني على اصل يختلف بين علمائنا فعند ابي حنيفة العبد المأذون المستغرق
بالدين لا ملك للمولى فيه فلا يحنث بركوب دابته نواه او لم ينوه وان لم يكن عليه دين او كان الا انه
غير مستغرق لا يحنث الا ان ينويه لان الملك فيه ثابت لمولاه ولكنه في العرف مضاف الى
العبد وكذلك في الشرع قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث فاضاف
المال اليه وحينئذ يختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية واقتصر في المتن على غير المستغرق
ولم يذكر الغير المديون لان الحكم يثبت فيه بطريق الاولى اذا ثبت في غير المستغرق وقال ابو يوسف
يحنث في الوجوه كلها اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث في الوجوه كلها مطلقا نوى
او لم ينو لانه ملك المولى حقيقة والدين غير مانع من ثبوت الملك للسيد عندهما قال وكذا العتاق

والتفصيل في دخول عبيد مأذونه في قوله اعتقت عبيدي ه رجل قال اعتقت عبيدي
ولعبده المأذون عبيد فعبيد عبده يعتقون اذا نواهم الا ان يكون ما على عبده من الدين مستغرقا
لرقبته واكسابه وقال ابو يوسف يعتقون اذا نواهم وان كان دينه مستغرقا وقال محمد يعتقون
وان لم ينوهم سواء كان الدين مستغرقا او لم يكن بناء على ان الدين اذا كان مستغرقا يمنع ثبوت الملك للمولى
في اكساب المديون وعندهما لا يمنع وابو يوسف شرط النية لان في الاضافة اليه خللا فلا يدخلون
تحت مطلق الاضافة الا بالنية قال او لا ينام على هذا الفراش فنام عليه وفوقه قرام حنث
رجل حلف لا ينام على فراش معين فنام على فراش جعل فوقه قرام وهي الستره حنث لان القرام تبع للفراش ش
فيعد نائما عليه وقد اشار الى ذلك لفظ المتن بقوله فنام عليه وفوقه قرام فاطلق عليه اسم
النوم عليه ولم يعد القرام حائلا قال او لا يجلس على الارض فجلس على حصير لم يحنث
لانه لا يعد جالسا على الارض عرفا بخلاف ما لو جلس على الارض بثيابه لان ثيابه تبع له فلا تعتبر
حائلة قال او على هذا السرير فجلس عليه وفوقه حصير حنث لا سرير اخر ه اذا حلف
لا يجلس على سرير معين فجلس عليه وفوق السرير حصير او بساط حنث لانه يعد جالسا عليه
عرفا وكذلك يجلس على الاسرة ولو جعل فوقه سريرا اخر فجلس على الثاني لم يحنث لما مر ان
التي لا يستتبع مثله فانقطعت النسبة ه

فصل في اليمين في الأكل والشرب

قال ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة كان على ثمرها ه لانه اضاف اليمين الى ما لا
يؤكل فانصرف الى ما يؤكل لكونه سببا له مجازا عنه وانما يحنث اذا اكل ثمرها وهي لم
يتغير بفعل مختار حتى لو اكله دبسا مطبوخا او خلا لم يحنث لانقطاع النسبة قال
او من هذا البسر فترطب لم يحنث اذا حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث
وكذلك لو حلف لا ياكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا الا ان صفة
البسورة والرطوبة واللبنية داعية الى اليمين فيتقيد اليمين به وهذا هو الاصل بالوصف متى
كان داعيا الى اليمين تعلق به والا تعلقت اليمين بالذات وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا
الصبي وهذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فالغى الشرع
هذه الداعية في الوصف فالحق بالمحجوز عادة قال او لحم هذا الحمل فصار كبشا حنث
لان صفة الصغر ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه يكون اشد امتناعا عن اكل لحم الكبش
قال او بسرا فاكل رطبا لم يحنث ه لان الماكول غير المحلوف عليه اذ الرطب غير البسر
قال او بسرا فاكل رطبا مذنبا او بالعكس لم يحنثه ه اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا

مذنبا وهو الرطب الذي في ذنبه قليل بسر ولا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وهذا هو العكس
وهو البسر الذي في ذنبه قليل رطب يحنث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يحنث
لأن البسر المذنب لا يسمى رطبا ولا الرطب المذنب يسمى بسرا فكان أكلا غير ما حلف عليه
يؤيده أنه لو حلف على ذلك في البيع والشراء لم يحنث أعني إذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا
مذنبا أو حلف لا يشتري بسرا فاشترى رطبا مذنبا لعدم استباق الفهم إلى ذلك ولهما أن
أكل المذنب أكل للرطب والبسر جميعا ولا استهلاك عليهما وكذا العكس وكل واحد منهما مقصود
بالأكل لمصادفته كلا منهما وصار كما لو ميز ما حلف عليه فأكله بخلاف الشراء لمصادفته
الجملة فيتبع فيه القليل الكثير قال أو لحما فأكل سمكا لا يحنثه قال أبو يوسف فيما روي
عنه وهو قول مالك رحمهما الله إذا حلف لا يأكل لحما فأكل السمك يحنث وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما
الله لا يحنث لأبي يوسف ومالك قوله تعالى لتأكلوا منه لحما طريا والمراد لحم السمك إجماعا فيتناوله
الإطلاق ولهما أن الفهم عند إطلاق اسم اللحم لا يتبادر إلى لحم السمك فلا يتناوله اليمين إلا
بالنية وهذا لأن العرف قاض على الحقيقة وفي العرف لا يطلق اسم اللحم عليه ولا يقال لبائعه
لحام بل سماك والأيمان مبنية على العرف فإن قيل وكما لا يتبادر الفهم إلى السمك عند إطلاق
اللحم لا يتبادر إلى لحم الإنسان ولحم الخنزير والكلب ولو أكل منها شيئا حنث قلنا اللحمان
ما خلا السمك مشتركة في التغذية والتولد من دم إذا شمس اسود إلا أن بعضها حرام واليمين
قد تعقد للامتناع من الحرام ولهذا فإن إطلاق اسم اللحم عليها كلها إطلاق واحد حقيقي بخلاف بلغ
السمك لأنه غير متولد من دم إذا شمس اسود بل يبيض ولا يطلق عليه إنه لحم السمك ويتفاوت ما بين لحم السمك
وغيره من اللحوم ظاهر في التغذية والمنافع فلا يتناوله من غير نية وهذه الرواية عن أبي يوسف
من روايات المنظومة ذكرها في الملتقط التجارة ودفع الاستغنا بالخلاف بين أصحابنا عن
ذكر الخلاف مع مالك قال أو شحما فهو على شحم البطن وقالا على شحم الظهر أيضا ه إذا حلف
لا يشتري شحما أو حلف لا يأكل شحما قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يحنث إلا بشحم البطن وقال
أبو يوسف ومحمد يحنث بأكل شحم الظهر أيضا لأن شحم الظهر شحم بدليل الاستثناء في قوله تعالى
وحرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس
لأنه الحقيقة وله أن شحم الظهر لحم حقيقة ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل شحم الظهر أي
اللحم السمين الذي على الظهر يحنث وبين الشحم واللحم تغاير في الذات وتفاوت في المنافع
والاستثناء في الآية منقطع لأن ما اختلط بعظم معطوف على المستثنى وهو لحم بالإجماع ولو حلف
النزاع في محل الخلاف فقيل هو اللحم السمين الذي على الظهر وقيل هو الشحم المتصل بالظهر من

من داخل فإن كان الأول فالحق ما قاله أبو حنيفة وإن كان الثاني فالحق هو قولهما وهذا كله فيما
إذا حلف بلفظ العربية على الشحم أما إذا حلف بالفارسية بلفظ پيه فإنه لا يحنث بأكل
اللحم السمين الذي على الظهر عندهم جميعا ويحنث بأكل الشحم المتصل بالظهر عندهم جميعا ولو حلف
لا يأكل أو لا يشتري لحما أو شحما فاشترى وأكل ألية لم يحنث لأنه نوع ثالث قال أو من هذه
الحنطة فلا حنث بقضمها وقالا بأكل خبزها أيضا ه إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة قال أبو حنيفة
رضي الله عنه لا يحنث حتى يقضمها قضما وقال أبو يوسف ومحمد إذا أكل من خبزها حنث أيضا والأصل
في هذه المسألة أن المجاز المتعارف راجح على الحقيقة المستعملة عندهما وأكل الخبز من هذه اليمين
هو المتعارف وعنده الحقيقة المستعملة أولى من المجاز الراجح بالمتعارف والحقيقة ههنا غير متعذرة
فإن الحنطة تغلى وتقلى وتؤكل قضما والمسألة مقررة في الأصول ولو أكل من عينها ذكر في الأصل
ما يدل على أنه لا يحنث عندهما فإنه قال ينصرف يمينه إلى ما يصنع الناس من الحنطة وذكر في الجامع
الصغير ما يدل على أنه يحنث عندهما فقال وعندهما إذا أكل من خبزها حنث أيضا وقال شمس الأئمة
رحمه الله والصحيح أنه يحنث بالأكل من عينها عندهما كما يحنث بأكل خبزها وهو المذكور في النوادر
كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث إذا دخلها راكبا أو حافيا لكونه صار مجازا عن الدخول
فاعتبر عموم المجاز كذلك ههنا جعل مجازا عن الأكل من أجزاء هذه الحنطة فيتناول
الأكل خبزها وعينها قال وحنثه بأكل سويقها ه إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل
من سويقها حنث عند محمد وقالا لا يحنث أما أبو حنيفة فاعتبر الحقيقة المستعملة كما مر ومحمد يقول
انصرفت اليمين إلى ما يتخذ من الحنطة عرفا فتناول السويق وأبو يوسف يقول العرف قاض في
ذلك بالانصراف إلى الخبز فلا يتناول السويق أقول كلام أبي يوسف بناء على الرواية الناطقة
بأنه لا يحنث بقضمها لاشتمال التناول إياها وأما على الرواية الأخرى التي اعتبر فيها عموم المجاز فقول
محمد قال أو من هذا الدقيق فأكل خبزه حنث ه لأنه تعذر العمل بالحقيقة لأن عينه
غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لم يحنث لتعين المجاز مرادا هو الصحيح
قال أو خبزا اعتبر المعتاد في المصر فلا حنث بخبز الأرز والقطايف بالعراق وهذا
لأن اليمين مبناها على العرف فما تعارف أهل المصر أكله خبزا انصرف اليمين إليه وهو خبز الحنطة
والشعير فإنه الغالب في البلدان فلو أكل خبز الأرز أو خبز القطايف بالعراق لم يحنث لعدم
تعارف أكله خبزا عندهم قالوا حتى لو كان بطبرستان أو في مصر أخرى تعتاد أكله خبزا
انصرف إليه وحنث بأكله قال أو شواء كان على اللحم ه إذا حلف لا يأكل شواء فهو على
اللحم دون الباذنجان والجزر وغير ذلك لأنه لا ينصرف إلى غير اللحم عند الإطلاق للعرف

الا اذا نوى ما يشوى من بيض او غيره لانه نوى حقيقته قال او طبيخا فعلى ما طبخ منه
اى من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لانه تعذر الحمل على العموم فيجب الحمل على خاص
متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا ان ينوى غير ذلك لما فيه من التشديد على نفسه ويحنث باكل
مرقته لما فيها من اجزاء اللحم ولاطلاق الطبيخ على المرق عرفا قال او راسا اعتبر المتعارف
اذا حلف لا ياكل الرؤوس او راسا انصرف يمينه الى ما يكبس في التنانير ويباع في المصر وذكر في
الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤوس البقر والغنم وعند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
على رؤوس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان فان الناس في زمن ابي حنيفة تعارفوا بيع رؤوس
الغنم والبقر فافتى بما كان عليه اهل زمانه وفي زمانهما تعارف الناس بيع رؤوس الغنم خاصة فافتيا
بذلك فالفتوى على ما يكون عليه التعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في المصر كما ذكره القدوري
رحمه الله فلذلك اسقطت الخلاف في المسئلة رجوعا الى المقصود ولا يحنث بالاجماع في راس
العصفور والجوز الا في رواية عن الامام قال او فاكهة فاكل عنبا او رمانا او
رطبا فهو غير حانث ه اذا حلف لا ياكل فاكهة قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يحنث باكل
الرمان والعنب والرطب وقالا يحنث باكلها لانها نفس الفواكه اذ الفاكهة ما يتفكه بها اي
يتنعم بها قبل الطعام وبعده والعادة جارية بذلك في هذه الاشيا فيتناولها اليمين وله
ان الله تعالى عطفها على الفاكهة مرة وعطف الفاكهة عليها اخرى والعطف يقتضي
التغاير فلم يتناولها الاطلاق ولئن قيل لعطف النوع على الجنس تشريفا له واظهارا لفضله
كقوله من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فالجواب انه يمنع من ذلك ههنا
ان الكريم لا يقتضي في موضع الامتنان ان يتذكر في مقام واحد نعمة واحدة بلفظين مختلفين
فلم يكن ذكر هذه الاشيا معطوفا على الفاكهة الا للامتنان بنعم متعددة مع الفاكهة لا لاقتضاء
امتنان الكرم لذلك ولان هذه الاشيا فواكه من وجه دون وجه فلا يدخل في الاطلاق
الا بالنية اعتبارا بالمكاتب في عدم دخوله تحت مطلق اسم المملوك الا بالنية في قوله كل
مملوك لي حر فانه يعتق مدبروه وامهات اولاده وعبيده ولا يعتق مكاتبوه الا بالنية لكون
المكاتب مملوكا من وجه دون وجه فكذلك ههنا وهذا لان الرمان كما يؤكل تفكها قبل
الطعام وبعده يؤكل تداويا فكان دوا من وجه وفاكهة من وجه والرطب كما يؤكل تفكها يؤكل
تغذيا وكذلك العنب فكان كل منها غذا من وجه فلم يدخل تحت الاطلاق الا بالنية قال
او اداما فهو على ما يصطبغ به وحنثه باكل اللحم او الجبن او البيض مع الخبز ووافقهما في رواية
اورد المسئلة في المنظومة في باب محمد وذكر صاحب الهداية عن ابي يوسف روايتين فاجري

الروايتين وهو كونه مع محمد في الزوايد محمد يقول هذه الاشيا يؤكل اداما عرفا والادام
من المؤادمة وهي الموافقة للخبز كاللحم والبيض ونحو ذلك ولابي حنيفة ان حقيقة الموافقة في
الاجتماع على وجه لا يقبل الفصل او يقرب منه كالخل والزيت والزبد والمرقة ونحو ذلك وهذه
الاشيا قابلة للفصل فلا يكون شديدة الموافقة للخبز بل هي مجاورة كالبقل والتمر والبطيخ والعنب
في الاصح فالادام حقيقة ما يصطبغ به اكله الى موافقة غيره فهو ادام وما لا يحتاج فليس بادام
قال او ان اكلت اليوم الا رغيفا فعبدي حر فاكله باحد هذه لم يحنثه وخالفه في رجل
قال ان اكلت اليوم الا رغيفا فعبدي حر فاكله بلحم او جبن او بيض لم يحنث عند ابي يوسف
لانه عقد اليمين على الاكل واستثنى رغيفا فقد اخرج رغيفا عن شرط الحنث فيخرج هو وما
كان تبعا له وهذه الاشيا يؤكل تبعا للرغيف عادة فقال ما اكلت اليوم الا رغيفا وان اتفق
اكله ببعض هذه الاشيا وصار كما لو اكله ببعض ما يصطبغ به كالخل والعسل وقال محمد يحنث لان
هذه الاشيا يؤكل وحدها ويؤكل تبعا فلا يثبت التبعية بالشك فلا يخرج عن اليمين باستثنا
الرغيف فان قيل فقياس هذا الخلاف ان يقول ابو يوسف في الحلف على ان لا ياكل اداما ما
يقول محمد وان يقول محمد ما يقوله ابو يوسف لانه يقتضي ان من حلف لا ياكل اداما ان لا يحنث باكل
هذه الاشيا مع الخبز عند محمد لانه لم يجعلها تبعا ههنا فلا يكون اداما اذ الادام ما كان تبعا
ومع ذلك يحنث عنده وابو يوسف قد جعلها تبعا ههنا فكان قياس قوله ان يحنث في فصل الادام
باكلها لان الادام ما يؤكل تبعا للخبز ومع ذلك لا يحنث عنده في فصل الادام فقد عكسا
اصلا ه قلنا العذر لمحمد ان اليمين ههنا تناولت جميع الماكولات وقد استخرج منها بالاستثنا
رغيفا فلا يخرج منها الا رغيف او ما لا يؤكل الا تبعا له وهذه الثلاثة قد يؤكل وحدها فلا
يخرج عن اليمين بالاستثنا واما في فصل الادام فاليمين معقودة على ما هو ادام مطلقا فينصرف الى
ما هو ادام عرفا وهذه ادام عرفا فيتناولها اليمين والعذر لابي يوسف انها ادام من حيث يؤكل
مع الخبز غالبا وغير ادام من حيث يؤكل وحدها فلا يحنث من حلف لا ياكل اداما باكلها
بالشك لكونها اداما من وجه دون وجه وكذا من حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا لم يحنث بالشك
فمن حيث انها تبع للرغيف المستثنى خرجت من اليمين باستثنا الرغيف ومن حيث انها يؤكل
وحدها انعقد اليمين عليها ودخلت في حكمها فلا ينعقد عليها بالشك والاحتمال كما لو قال لفلان
علي الف درهم الا مايه او خمسين لا يجب عليه الا تسعمايه لوجود الشك والاقرار بالزايد على تسعمايه
لان الاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا عندنا قال او لا يتغدى يحنث بالاكل
من الفجر الى الظهر او لا يتعشى فمنه الى نصف الليل او لا يتسحر فمنه الى الفجر ه اذا حلف لا

والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل
سحري بالغداء الاكل من طلوع الفجر الى صلاة الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل
لان ما بعد العشاء يسمى عشيا ويسمى الظهر احدى صلوتي العشاء والسحور ماخوذ من السحر
وهو ما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر واطلاقه على ما بعد نصف الليل لقربه من السحر ثم الغداء
والعشاء ما يقصد به الشبع في العادة وعادة كل اهل بلدة معتبرة في حقهم ويشترط ان يكون
اكثر من نصف الشبع قال اوان اكلت او شربت او لبست وخص لم يصدق مطلقا
او طعاما او شرابا او ثوبا وخص قبل ديانة ه هاتان مسئلتان من الزوائد الاولى اذا قال ان
اكلت او شربت او لبست فعبده حر وحذف المفعول ثم قال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق ديانة
لا قضاء وهذا معنى قوله مطلقا وقيد به على معنى الاطلاق بقوله في المسئلة الثانية قبل ديانة
المسئلة الثانية اذا قال ان اكلت طعاما او شربت شرابا او لبست ثوبا فعبده حر وصرح بالمفعول
ثم خصص فقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء خاصة ويسع منه ديانة والفرق ان النية
انما يصح اعتبارها في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مصرح في المسئلة الاولى وانما هو ثابت
بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له ونية التخصيص فيما لا عموم له لغو واما في المسئلة الثانية فهو مصرح
به فصحت نية التخصيص لانه نكرة في محل الشرط فاقتضت العموم الا انه لما كان خلاف الظاهر
لم يصدق قضاء منه وبين الله تعالى قال اما لا يشرب من دجلة فهو على الكرع وحنثاه من ماءها
لهما ان الشرب فالانا من مثل هذه اليمين المتعارف يقال فلان يشرب من نهر كذا واهل بغداد
يشربون من دجلة والمراد ماؤها فانصرفت اليمين الى ماء دجلة عملا بالعرف الغالب وله
ان الشرب من دجلة حقيقة هو ان يكون ابتداء الشرب متصلا بدجلة وذلك بالشرب منها كرعا فان اصل
ابي حنيفة ان الحقيقة اذا كانت مستعملة فهو اولى من المجاز المتعارف ولا يترك الحقيقة الا اذا تعذر
العمل بها فحينئذ يكون المجاز اولى قال او من ماء دجلة حنث بالعرف ه اذا صرح وقال والله
لا اشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء او اغترف بيده حنث اجماعا لان الشرط شرب ماء منسوب
الى دجلة والغرف لا يقطع النسبة فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة قال ولا يجعل
تصور البر شرطا لانعقاد اليمين المطلقة وبقاء المؤقتة فحكم بحنثه في يمينه ليشربن ماء الكوز اليوم
فصب قبل مضيه او ليأكلن هذا الرغيف فاكل قبله او ليقضينه حقه فسقط بالابراء او ليقتلنه
فمات او كان جاهلا بموته او ان رأيت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر ثم رآه معه ه ذكر اصلا
لابي يوسف يبنى عليه فروعه وفي زيادة هذا الاصل في الكتاب فائدة كيفية التفريع
قال ابو يوسف رحمه الله تصور البر ليس شرطا في انعقاد اليمين المطلقة عن الوقت
ولا في بقاء اليمين المقيدة بالوقت وقال ابو حنيفة ومحمد هو شرط ويبتنى على هذا انه اذا حلف

ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فصب قبل مضي اليوم قال ابو حنيفة ومحمد لا
يحنث في يمينه وقال ابو يوسف يحنث في يمينه ويحنث في اخر جزء من اجزاء الوقت حتى يجب
عليه الكفارة اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا
الكوز فامرأتي طالق فاهريق قبل الليل لم يبق اليمين عندهما وعنده يحنث اذا مضى اليوم
وعلى هذا اذا قال والله لاقتلن فلانا اليوم فمات فلان قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وعنده
يحنث ويجب بمضي اليوم وكذلك لو حلف ليقتلنه وهو جاهل بموته من قبل وانما شرط جهله
بموته لانه لو علم بموته ينعقد يمينه بالاجماع ويحنث في الكل على ما بينه ان شاء الله وكذلك
اذا قال لزيد ان رأيت عمرا فلم اعلمك فامرأتي طالق او عبدي حر ثم رأى عمرا مع زيد فسكت
ولم يقل شيئا او قال هذا هو عمرو ولا يطلق عندهما وعنده يطلق وانما نص في المتن على قوله ثم
رآه معه لان استواء الحكم في السكوت والكلام في فوات الاعلام وفي بعض نسخ المنظومة ثم
رآه معه فانطلق وقال هذا هو فالعبد عتق وفي بعضها ثم رآه معه فانطلق سيا ولم يعلمه فالعبد
عتق والنسخة الاولى اصح ويدل عليه اطلاقه في الجامع صورة المسئلة فقال وعلى هذا اذا
قال ان رأيت فلانا فلم اعلمك فعبدي حر فرآه مع الرجل لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد
لفوات الاعلام وعند ابي يوسف يحنث لبقاء اليمين مع فوات المعقود عليه والاصل ما مر
ان تصور البر شرط عندهما لا عنده له انه تارك للمحلوف عليه فيلزمه الكفارة في
اليمين بالله والطلاق والعتاق في اليمين بهما الا انه في اليمين المطلقة وليس في الكوز ما يحنث عند
الفراغ منها وفي المؤقتة اذا مضى الوقت لان التوقيت للتوسعة فلا يجب عليه البر الا في اخر جزء
من اجزائه وفي المطلقة يجب البر كما فرغ من اليمين وقد عجز عنه فيلزمه الكفارة ولئن
قيل بل التوسعة في الاطلاق دون التوقيت قلنا هو كذلك اذا كان البر مرجوا كما اذا حلف
ليأتين البصرة وههنا البر غير مرجو اذا اهريق الماء وانما يجب البر في المؤقتة في اخر الوقت
لان الفعل الذي لا يمتد اذا اضيف الى وقت يمتد صار الوقت ظرفا له لا معيارا كصلاة الظهر
في وقتها فيتعين للاداء اخره على احتمال ان يكون كل جزء منه وقتا للاداء باختياره فاذا لم
يفعل تعين اخره لوجوب البر فنزل على الخلاف فعندهما البر حينئذ غير متصور فلم يجب
فبطلت اليمين وعنده لا يشترط تصوره وهو تارك للمحلوف عليه فيحنث ولهما ان
رجاء الصدق شرط انعقاد اليمين اذ اليمين يعقد على المنع من الفعل او الحمل عليه او الصدق
في الخبر وذلك الخبر وذلك انما يتحقق معه رجاء الصدق فما لا يتصور فيه لم ينعقد عليه اليمين

كالغموس بخلاف قوله لاصعدن السماء او لاقلبن هذا الحجر ذهبا حيث ينعقد ويحنث في
الحال لامكان ذلك في القدرة الالهية فانعقد باعتبارها الصدق ويحنث للعجز الحالي
ولا امكان في مسئلتنا لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه محال والقدرة لا تعلق لها بالمحال
وتصادق الامران يحدث الله في الكوز ماء لكنه لا يكون الماء المحلوف على شربه وقيد اليمين
وهما في الفرق بين المطلقة والموقتة فيما اذا كان في الكوز ماء فاهريق فانه يحنث في قولهم
جميعا في اليمين المطلقة ولا يحنث عندهما في الموقتة ان فوات البر الواجب باليمين يستلزم وجوب
الكفارة وقد تحقق باراقة الماء في الحال لتحقق العجز عنه عادة فيجب الحنث كما اذا مات
الحالف والماء باق وفي الموقتة انما يجب البر في الجزء الاخير ولما اهريق الماء قبله لم يجب البر عند
الجزء الاخير لعدم رجاء الصدق فاذا زال فلم ينعقد اليمين كما لو عقدها ابتداء في هذه الحالة
ولو قال والله لاقتلن زيدا وهو يعلم بموته ينعقد يمينه ويحنث في الحال لتصور البر
لتعلق القدرة الالهية باحيائه فصار كقوله لاصعدن السماء والفرق بين علمه بحياته
وجهله بها انه اذا لم يعلم بموته فانما عقد يمينه على تفويت حياته الموجودة وهي معدومة
حال اليمين فصار كشرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه اما اذا علم بموته فاليمين على حياة يحدثها
الله فيه فانعقد باعتبار القدرة وحنث للعجز الحالي حتى لو قال لاقتلن هذا لا ينعقد
يمينه اصلا لموضع الاستحالة لانه عقد على تفويت حياة معدومة حال اليمين ولو احدث
الله فيه حياة لم تكن هي المحلوف على تفويتها لان هذه موجودة وتلك معدومة وبهذا وقع الفرق
في هذه المسئلة بين العلم وعدمه ولم يفرق في مسئلة الكوز بين العلم بالماء وعدمه لما مر
ان الماء الموجود بعد اليمين والعلم ليس هو الماء الذي عقد يمينه على شربه بخلاف مسئلة القتل
فانه اذا كان عالما بموته انعقد اليمين اجماعا لان الله تعالى اذا اعاد فيه الحياة كان هو
عين ذلك المحلوف على قتله فكان قتله متصورا فكان كالحلف على مس السماء وعجز ولقائل ان
عود نفس الماء الذي اهريق من الكوز اليه متصور في القدرة الالهية كتصور عود الروح الى البدن
بعينه وعلى هذا فلا فرق بين المسئلتين في تفصيل العلم بينهما وعدمه قال وحكما بانعقادها
على المستحيل عادة وبالحنث في الحال ش اذا قال والله لاصعدن السماء او لاقلبن هذا الحجر ذهبا
قال زفر لا ينعقد يمينه لحاقا للمستحيل العادي بالمستحيل لذاته وقال علماؤنا ينعقد يمينه موجبا للحلف
لتصور البر حقيقة نظرا الى الامكان الذاتي وتعلق القدرة بالممكنات ثم يحنث نظرا الى العجز
الحالي الثابت بحكم العادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث وان كانت اعادته للحياة اليه ممكنة
في القدرة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت اليمين ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد اصلا

فصل في اليمين في الكلام واللبس والتحلي

قال ومن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو نائم بحيث يسمع حنث وايقاظه شرط في رواية
وجه الرواية الاولى ان شرط الحنث تحقق وهو حصول الكلام منه ووصوله الى سمعه
وعدم الفهم بسبب النوم ينزل منزلة التغافل اذا ناداه بحيث يسمع ولم يفهم لتغافله وفي
بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه الكلام وعلى هذه الرواية اكثر المشايخ ووجهها
انه اذا لم يكن الكلام موقظا له ينزل منزلة المناداة من بعد وهو بحيث لا يسمع صوته وهذه
الرواية من الزوائد قال او الا باذنه فاذن ولم يعلم وكلم لم يحنثه ش قال ابو يوسف
رحمه الله اذا قال والله لا اكلمه الا باذنه فاذن له لكنه لم يعلم باذنه فكلمه بعد ذلك
لا يحنث لان الاذن اطلاق ورضا وقد وجد وقالا يحنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي
هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك يتوقف على السماع والرضا من اعمال القلب ولا كذلك
الاذن وقد مر مثل هذه المسئلة قال او شهرا ابتدا من حين حلف ش هذه من الزوائد
اذا حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين بل
ينصرف الى ما يصدق عليه اسم الصوم فكان ذكر الشهر لتقدير مدة الصيام وهو منكر
فكان التعيين اليه قال او لا يتكلم فقرأ في الصلوة ولم يحنث ش اذا حلف لا
يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لا يحنث وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح او
هلل او كبر وهذا استحسان وفي القياس يحنث فيهما لكون ذلك كلاما حقيقة ووجه
الاستحسان ان القراءة في الصلوة لا تعد كلاما عرفا ولا شرعا قال صلى الله عليه وسلم
ان هذه صلوتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث بالقراءة والتسبيح
خارج الصلوة لانه لا يسمى متكلما بل قارئا او مسبحا او مهللا قال او لا يقرأ كتاب فلان
ففهمه او لا يكلمه فاستبقا لم يحنثه منهما وخالفه ش هاتان مسئلتان الاولى رجل حلف
لا يقرأ كتاب فلان فنظر اليه وفهم ما فيه لم يحنث عند ابي يوسف لانه ليس بقارئ
حقيقة ولهذا لا تفسد صلوته لو كان في الصلوة ولا يجزئه عن القراءة لو نظر في المصحف
ففهم ما فيه وعند محمد يحنث اعتبارا للعرف اذ المتعارف من قراءة الكتب هو فهمها سواء
اجرى اللفظ بها او لا بخلاف الصلوة اذ المعتبر فيها هو القراءة المسئلة الثانية رجل قال
والله لا اكلمك حتى تكلمني فكلما معا متخاطبين قال ابو يوسف لا يحنث لان معناه الى ان لا اسبقك بكلام
ولم يسبقه فلم يحنث وقال محمد يحنث لانه منع نفسه بواسطة هذه اليمين عن ان يكلمه الى
غاية كلام منه اياه فلما كلمه قبل ان يكلمه هو فقد وجد كلامه قبل الغاية فوجد شرط

الحنث فيجب ضرورة قال او لا يكلم عبد فلان او امرأته او صديقه او لا يدخل داره ففعل
ففعل بعد البيع والابانة والعداوة لم يحنث وحنثه في اضافة النسبة في رواية ه لان هذه اليمين
معقودة على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او نسبة ولم يوجد فلم يحنث قال
صاحب الهداية هذا في اضافة الملك متفق عليه وفي اضافة النسبة يحنث عند محمد كالمرأة
والصديق ذكره في الزيادات والتنبيه على الرواية من الزوائد وهذه هي المذكورة في المنظومة
فالخلاف فيها مع ابي حنيفة ولا قول لابي يوسف والمذكور في الهداية وقوله ورواية الكتاب
وهي اطلاق عدم الحنث رواية الجامع الصغير وجه قول محمد ان المقصود هو المضاف
دون المضاف اليه ولا يحرم هذا الاصل الا ان يكون المضاف لا يمكن قصده فيكون المضاف
اليه حينئذ مقصودا وهنا كل من الزوجة والصديق المعروفين يمكن قصدهما لان الحر يعادى
ويهجر لعينه فلا يكون المضاف اليه مقصودا بمحل الاضافة على تعريفا لمقصود ولهذا لا يحنث
بكلام امرأة صديق يوجد ثانيا له بعد ذلك ولابي حنيفة ان المضاف والمضاف اليه يجوز ان يكون
كل منهما مقصودا من وجه فوجب اعتبارهما وهذا بان يكون قد لحقه غيظ من جهة المضاف
اليه بسبب المضاف فيكون ذكر المضاف اليه لاظهار غيظه منه وذكر المضاف لتقييد
اليمين وجاز ان يكون ذكرهما لاظهار غيظ لحقه من المضاف بسبب المضاف اليه فكان الداعي
الى اليمين هو الاضافة لغرض التقييد ولولا ذلك لعدل الى الاشارة عن الاضافة وهذا اذا لم
يكن المضاف اليه زوجة معروفة او صديقا معروفا لان الاضافة حينئذ لا يكون الغرض منها
تقييدا لليمين لان الغيظ من المعدوم والمجهول لا يتصور فيحنث بكلام كل صديق ينسب اليه
وكل زوجة ينسب اليه وقت الكلام بخلاف ما نحن فيه اذا كانت له زوجة وصديق
معروفان فيقيد اليمين بهما فلا يتناول غيرهما قال وان زاد الاشارة حنث في المرأة
والصديق وحنثه في العبد والدار ايضا ه اذا قال والله لا اكلم عبد فلان هذا او امرأته
هذه او صديقه هذا او لا ادخل داره هذه فدخلها بعد البيع وكلمهم بعد انفصال
الاضافة حنث في المرأة والصديق ولم يحنث في العبد والدار عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد وهو قول زفر يحنث فيهما ايضا لان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ في التعريف
من الاضافة فلغت الاضافة واعتبرت الاشارة فتعلقت اليمين بالعين وصار كالصديق والمرأة
ولهما ان للاضافة تأثيرا كما للاشارة تأثيرا فان المراد بالاضافة هو ان المضاف اليه لاظهار
الغيظ لحقه من جهته والمراد بالاشارة تقييد اليمين بهذا المحل وجاز ان يكون ذلك الغيظ بسبب
هذا المحل واذا تغاير ما هو المراد منهما وجب اعتبارهما جميعا ويكون شرط الحنث الدخول

الواقع في ملك فلان او كلام ذلك العبد حال كونه وكونها مضافين الى فلان ولم يوجد
لبطلان احدهما وهو الاضافة فبطلت اليمين بخلاف المرأة والصديق لانه لا تأثير للاضافة
فيهما واما التأثير لمعنى في ذاتهما اذ المراد من الاضافة التعريف فيهما لا غير مثل الاشارة
فلما اتحد المقصود رجحنا جانب الاشارة لكونها ابلغ في التعريف والتنبيه على الخلاف
في العبد من الزوائد قال او صاحب هذا الطيلسان او هذا الشاب فكلمه بعد
ما باعه او شاخ حنث ه ها هنا مسئلتان اما الاولى فاذا قال والله لا اكلم صاحب هذا
الطيلسان فكلمه بعد ما باعه حنث لان هذه الاضافة لا يفيد ههنا الا التعريف لا غير
اذ الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كالاشارة الثانية اذا حلف لا يكلم
هذا الشاب فصار شيخا فكلمه حنث لان الحكم يتعلق بالمشار اليه والصفة في الحاضر لغو قال
او حينا او زمانا او معرفا وقع على ستة اشهر ه لان الحين يطلق على الزمان القليل قال فسبحان
الله حين تمسون وحين تصبحون ويطلق على اربعين سنة قال تعالى هل اتى على الانسان حين من
الدهر ويطلق على ستة اشهر قال تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا اولى بانصراف اليمين
عند الاطلاق اليه لان الزمان اليسير لا يقصد بالامتناع فيه عن الكلام لوقوع الامتناع فيه
عادة والزمان الطويل لا يقصد في الغالب لتنزله منزلة الابد الا ترى ان اليمين تتابد لو سكت
عنه فتعين نصف العام وكذلك الزمان يستعمل استعمال الحين يقول ما رايتك منذ حين ومنذ
زمان بمعنى واحد وهذا عند عدم الكلام عن نية الحالف فاذا نوى اعتبرت نيته لانه نوى
حقيقة كلامه قال او دهرا فهو موقوف وجعلاه كالحين ه اذا حلف لا يكلمه دهرا
قال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر والخلاف واقع في المنكر دون المعرف هو الصحيح وقول
صاحب المنظومة والدهر لا ادري لدى الامام ماول كانه حكى فيه لفظ الامام رحمه الله
والا فهو في الشرح صورة المسئلة في المنكر لهما ان الدهر والحين يستعمل احدهما مكان
الاخر يقول لم ارك منذ دهر ولم ارك منذ حين بمعنى ولو حلف لا يكلمه حينا فهو على ستة
اشهر فكذلك دهرا وله ان الحين المعرف باللام ينصرف الى ستة اشهر اجماعا والدهر
المعرف باللام ينصرف الى الابد اجماعا وذلك دليل على عدم اتحاد المعنى حالة التنكير اذ لو
اتحد حالة التنكير لاتحد حالة التعريف لان الزائد عليهما حالة التنكير وهو الالف واللام على
معنى واحد وليس الا التعريف وقد كانا متنافيين في الدلالة حالة التنكير فوجب ان يتساوى
حالة التعريف لان الزائد الواحد على المتنافيين لا يوجب فيهما اختلافا بالضرورة ثم ان اللغات
لا تدرك قياسا والعرف قد اختلف استعماله فيه فلم يستقر على ما ينصرف اليه عند الاطلاق فوجب

التوقيت قال ـــ او اياماً او شهوراً او سنين وقع على ثلثه وان عرفها فهي عشره وقالا
اسبوع وسنه والعمر ش اذا حلف لا يكلمه اياماً او شهوراً او سنين بالجمع المنكر فهو واقع
على ثلثه من كل صنف لانه جمع منكر فيتناول المسمى منه وهو الثلث وان عرفها فقال لا اكلمه
الايام او الشهور او السنين فهو عند ابي حنيفه رضي الله عنه على عشره ايام وعشره اشهر
وعشر سنين وقالا في الايام هو واقع على سبعه ايام وفي الاشهر على اثني عشر شهراً وفي
السنين على العمر لان الجمع المعرف ينصرف الى المعهود وههنا فالايام المعهوده هي الايام السبعه والشهور
المعهوده هي شهور السنه وليس للسنين معهود فانصرف الى العمر وله ان هذه اللام ليست
للمعهود اذ لا معهود ولا للجنس لانه يلغوا ذكر الايام حينئذ لانه لو اسقطها من الكلام انصرف
الى العمر فوجب صرفه الى ما هو جنس الايام تسميه اعني اقصى ما يذكر منها بلفظ الجمع وذلك
عشره ولان الجمع المنكر واقع على الثلثه والمعرف اكثر منه الا ترى انك تقول صحبتك اياماً من
الايام ولا تعكس فالمفهوم ههنا من المعرف اما الكل حقيقه او الكل تسميه وهو العشره او ما دون
هذا وذاك والاول لا سبيل اليه والا يلزم الغاء ذكر الايام ولا الى الثالث لانه ما من عدد دون
الكل حقيقه ولا تسميه الا ويمكن انتزاعه من الجمع المعرف فلا يتعين شي منه لعدم الاولويه وكلما يمكن
انتزاعه من الجمع المعرف يكون المعرف اكثر منه بالضروره فلا يكون هو الزمان الذي عقد عليه
اليمين بالجمع المعرف فتعين الثاني وهو العشره ضروره قال ـــ ومن حلف على نفي فعل
تركه ابداً او على فعله مره ش اذا حلف لا يفعل كذا وجب عليه الترك ابداً لانه نفي عام
فيعم الامتناع بعمومه واذا حلف ليفعلنه فعله مره واحده وقد بر في يمينه لان الملتزم حقيقه
الفعل وهو في سياق الاثبات فلا يعم ولا يتكرر فيبر بان يفعله وانما يحنث اذا وقع
الياس عن فعله اما بموته او بفوات محل الفعل قال ـــ ومن استحلفه الوالي ليعلمه بكل
داعر دخل البلد فهو على حال ولايته ش الداعر الفاسق الخبيث والمفسد
من دعر العود يدعر بالفتح دعراً ومنه اخذت الدعاره وعود دعر ذو كثير الدخان
وانما اختصت اليمين بحال ولايه المستحلف لان المقصود من الاستحلاف بالاعلام دفع شره وفساده
او شر غيره بواسطه زجره وهذا المقصود يفوت بالاعلام حال فوات الولايه اما بالموت
او بالعزل في ظاهر الروايه قال ـــ ولو قال لامرأته ما اكتسيه من غزلك هدي فاشترى
قطناً فغزلته واكتسى منه فهو حانث وشرطنا ملكه فيه يوم النذر ش رجل قال لامرأته
كل ثوب البسه من غزلك فهو هدي فاشترى قطناً بعد اليمين فغزلته فنسجته والبسه
لزمه ان يهديه والمراد بالهدي به التصدق به بمكه لانه اسم لما يهدى اليها وهذا عند

ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا ليس عليه ان يهدي به الا ان تغزل قطناً ملكه يوم النذر
لهما ان النذر لا يصح الا في ملك او مضافاً الى سبب الملك لانه ايجاب للتصدق ويعتمد الملك
اذ التصدق في ملك الغير لا يصح ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأه لا يكونان من اسباب ملكه وله
ان غزلها للزوج سبب لملكه الا ترى انه لو غصب قطناً فغزلته كان ملكاً للزوج دونها على
ان العاده جاريه ان المرأه انما تغزل لزوجها فكانت اضافته الى غزلها كالاضافه الى غزلها للزوج
وهو سبب لملكه فكان ما وجد منه بمنزله قوله كل ثوب اكتسيه من مغزول مملوك لي بغزلك
فهو هدي ولو صرح بذلك كان النذر مضافاً الى الملك فيصح فكذا هذا قال ـــ وشرط الحنث
بالتحلي لبس اللالي مرصعه وقالا او وحدها وقيل الخلاف عرفي وبه يفتي بقولهما ش قال ابو حنيفه رضي الله
عنه اذا حلفت المرأه ان لا تلبس حلياً فلبست لؤلؤاً غير مرصع في ذهب او فضه لم تحنث وانما تحنث اذا
لبست لؤلؤاً مرصعاً وقالا اذا لبست اللالي وحدها حنثت وعلى هذا الخلاف اذا لبست عقداً من
زبرجد او زمرد غير مرصع لهما ان عقد اللؤلؤ وحده حلي وله ان العاده لم تجر بالتحلي بها وحدها
من دون ان تكون مرصعه وقيل على قول ابي حنيفه لا يكون التحلي بالذهب او الفضه وحده الا
ان يكون مصوغاً كما ان اللؤلؤ لا يكون حلياً الا مرصعاً فلو حلفت ان لا تلبس حلياً فعلقت في عنقها
شيئاً من الذهب او الفضه غير مصوغ لم تحنث وقيل ان هذا الاختلاف بنا على العرف واما
في الحكم فلا اختلاف في الحقيقه فزاد في المتن التنبيه على هذا القول والفتوى به ذكره في الهدايه

فصل في البيع والشرا والتزوج وتقاضي الدراهم

قال ـــ ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل به لم يحنث او لا يتزوج او لا يطلق او لا
يعتق فوكل به حنث ش اما الاول فلان عقد البيع والشرا والاجاره صادر من العاقد فلم
يوجد شرط الحنث من الحالف ولهذا فان حقوق العقد ترجع الى العاقد وليس الثابت للامر
الا حكم العقد فان نوى الحالف التوكيل صدق لان فيه تشديداً على نفسه او يكون الحالف غير
معتاد بان يعقد هذه العقود بنفسه لكونه ذا سلطان وغيره فيحنث لانه يمنع نفسه عما اعتاده
واما الثاني فلان الوكيل في النكاح والطلاق والعتق سفير ومعبر الا ترى انه لا يضيف العقد
الى نفسه وانما يضيفه الى موكله وحقوق العقد فيه راجع الى الامر لا اليه [illegible] ولو حلف لا يضرب
عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان المالك له ولايه التصرف بضرب العبد وذبح الشاه
فيلي توليته غيره والمنفعه راجعه الى الامر فيجعل مباشراً حكماً اذ لا حقوق ترجع ولو قال عنيت
ان لا الي ذلك بنفسي صدق ديانه وقضاء ولو قال في الطلاق والعتاق عنيت ان لا اتلفظ به لم يدين
في القضا خاصه والفرق ان الطلاق ليس الا تكلماً بكلام يفضي الى وقوع الطلاق والامر به

وفي المحيط لو قال لعبده اذا
بايعك فلان فانت حر فبايعه
من فلان ثم اشتراه منه
لم يعتق
خلافه

[illegible] حلف ان لا [illegible] عدم البيع [illegible] تحقق عدم البيع [illegible] حلف ليبيعن [illegible] المرأه [illegible] عند ابي حنيفه

مثل التلفظ به في الافضا الى الوقوع ولفظ الحلاف يتنظمهما فاذا نوى المتكلم به فقد
نوى تخصيص العموم فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي
والنسبة الى الامر لكونه سببا فيه مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فصدق
ديانة وقضا ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا بضربه لم يحنث والفرق بين الولد والعبد
ان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد وهو التاديب والتثقيف فلم ينتسب فعله الى الامر واما
العبد فمنفعة ذلك راجع الى مولاه وهو الائتمار له فاضيف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك
هذا الثوب فعبدي حر فدس ذلك الثوب في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان
اللام داخلة على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك هو ان يفعله بامره لان البيع مما تجري فيه النيابة
ولم يوجد فلم يحنث ولو قال ان بعت ثوبا لك حنث ببيع ثوب مملوك له لدخول اللام الدالة
على التخصيص على الثوب فاقتضى ذلك حنثه ببيع ثوب مملوك له مختص به يحنث بالبيع سوا علم
او لم يعلم امره او لم يامره قال او لا يتزوج او لا يشتري بالكوفة ففعل بها الحالف
فضولي واجيز بالبصرة لم يحنثه وخالفه وهو ظاهر المذهب رجل حلف لا يتزوج امراة بالكوفة
فتزوج بها امراة بغير رضاها بان زوجها فضولي ثم اجازت النكاح وهي بالبصرة او حلف لا يشتري
شيئا بالكوفة ففعل الحالف فضولي ثم اجيز البيع بالبصرة قال ابو يوسف لا يحنث لان تمام العقد
بنفاذه بالاجازة والاجازة حاصلة بالبصرة فكان تمام العقد بالبصرة فلا يحنث وقال محمد يحنث
والمذكور في الجامع الصغير انه ظاهر المذهب والتنبيه عليه في الزوائد ووجه الحنث ان
العقد الموجود منه بالكوفة هو النافذ بالاجازة لان النفاذ ثبت عند الاجازة مستندا الى
وقت العقد فكان النكاح النافذ موجودا منه بالكوفة ولهذا كان الشهود شرطا حين العقد
لا حين الاجازة قال او لا يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبله او قبل ولم يقبضه
حكمنا بحنثه ه اذا حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه اياه فلم يقبل فلان هبته او قبله لكن
لم يقبضه قال زفر لا يحنث لانه عقد تمليك فاشبه البيع وفي البيع لا يحنث ما لم يملكه المشتري
بالقبول فوجب ان لا يحنث في الهبة ما لم يملكه الموهوب له بالقبول والقبض ولهذا قال زفر
اذا حلف لا يبيعه فباعه بيعا فاسدا لا يحنث ما لم يملكه المشتري بالقبض ولنا انه عقد تبرع فتم
بالمتبرع لانه ايجاب لا يقابله استيجاب وذلك يتم بالموجب في حقه كالاقرار بخلاف البيع لانه معاوضة
فالقبول فيه ركن فاقتضى التمليك من الجانبين ويدل عليه الفرق فانك تقول وهبت منه هبة
فردها علي ولم يقبلها واهديت اليه وتصدقت عليه واقرضته فرد ذلك ولم يقبله حتى لو حلف
لا يقرضه ولم يقبل حنث الا في رواية عن ابي يوسف ولو حلف لا يستقرض حنث في قولهم جميعا

بطلب القرض لا لانه السبب على الطلب قال او ليقضين دينه الى قريب انصرف الى
ما دون الشهر او الى بعيد الى اكثر منه ه والمعتبر في ذلك هو العرف فانهم يعدون ما دون
الشهر قريبا والشهر وما زاد عليه بعيدا ولذلك يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر
قال او ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد المستحق بعضها زيفا او نبهرجة او مستحقة
لم يحنث او رصاصا او ستوقة حنث ه اما الاول فلان الزيافة من العيوب والعيب لا يعدم
الجنس الا ترى انه لو تجوز به جعل مستوفيا لحقه باعتبار انه من جنس حقه فوجد شرط البر
وقبض المستحقة قبض صحيح فوقع البر فلا يرتفع برده واما الثاني فلان الرصاص والستوقة ليسا
من جنس حقه ولهذا لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم والنبهرجة لفظة اعجمية معربة واصلها
نبهره هو الحظ يعني حظ هذه الدراهم من الفضة اقل وغشه اكثر مما يوجد في دار الضرب
والستوقة معرب الفنا وهو بالفارسية سه طاق يعني ان وجهي الدراهم فضة وحشوه صفر
قال او لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان
الشرط قبض الكل بصفة التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف
الى كله فلا يحنث بقبض بعضه قال وان قبضه في وزنتين لم يفصلهما بغير عمل الوزن
لم يحنث ه لان هذا القدر من الفصل مستثنى بحكم العادة اذ قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة

كتاب ادب القضاء

لا يصح ولاية القاضي حتى يكون اهلا للشهادة ه لان القضا والشهادة من واد واحد يجمعهما
انهما من باب الولايات فمن اجتمعت فيه شروط الشهادة كان اهلا للقضاء قال
ويفضل تولية المجتهد العدل ويجيز تولية الجاهل ه ذكر القدوري رحمه الله ان اهلية
الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية وقال صاحب الهداية والصحيح ان اهلية
الاجتهاد شرط الاولوية وهذا بناء على ان تولية الجاهل يصح عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله فلذلك ردت المسئلة على الافضلية على ما هو الصحيح وللشافعي انه مامور بالقضاء بالحق
ولا يستوليه ذلك الا بواسطة العلم ولا يمكن جعله عالما بعلم غيره كما لا يجوز الصلاة
بتحري الغير ولنا في جواز توليته وان كان لا ينبغي ان يولي انه مامور بالقضاء بالحق
لقوله تعالى وان احكم بما انزل الله والحكم بفتوى غيره بمثل هذا الامر ولان الغرض الاصف
من الصواب في فتوى غيره وسع المقلد ان يختار من العلماء من هو الافقه والاولى والاورع
لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وقد ذكر شروط الاجتهاد في اصول الفقه فليتعرف من هناك قال

في توليته القضاء ردع من الظالم [illegible]
ومن اعظم [illegible]
[illegible]

وينبغي ان لا يولى هو والفاسق وقيل لا يصح قضاؤه وينعزل بالفسق وقيل ان ولي فاسقا
صح وان طرا انعزل وقيل يستحقه بطروه وفي ظاهر المذهب نزله وينبغي ان لا يولى هو
يعني الجاهل ولا الفاسق يبني على صحته ولانهما اما الجاهل فقد مر الكلام فيه واما ما اختاره
الطحاوي رحمه الله ان الفاسق اذا قلد القضا لا يصير قاضيا ولو فسق القاضي العدل ينعزل
بالفسق ذكره في الواقعات والقول الاخر ان القاضي اذا ولي القضا وهو فاسق فتوليته صحيحه
وان قلد القضا وهو عدل ففسق باخذ الرشوه او غيرها انعزل وهذا التفصيل قول بعض
مشايخنا ووجهه ان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها والمذكور
في الهدايه انه يستحق العزل بطرو الفسق ولا ينعزل بمجرده قال وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا وذكر صاحب الواقعات القاضي اذا قضى قضايا وهو مرتش فاسق ولم يعلم منه ذلك
الا بعد زمان قال ابو حنيفه رضي الله عنه ابطل قضاياه وتفسيره ان الذي ولاه لم يعلم
بانه فاسق مرتش فاذا ظهر فهو معزول ولو ولي وقد علم بذلك فانه لا يصير معزولا
لان في الوجه الاول ولي على شرط العداله فاذا وجد على خلافه لم يوجد الشرط فلم
يبق قاضيا وفي الثاني ما ولاه بهذا الشرط وينبغي ان يعزل لانه صار قاضيا بالجور
والظلم فهو بمنزله الامير والامير اذا جار لا ينعزل ما لم يعزل وكذلك القاضي اذا ولي
وهو فاسق ومذهب الشافعي رحمه الله ان الفاسق لا يصح قضاؤه وهو اختيار الطحاوي
كما مر وميلي الى اختياره فان القضا بالحق من افضل العبادات والطاعات قال صلى الله
عليه وسلم عدل ساعه افضل من عباده ستين سنه وفيه من الخطر العظيم ما فيه وجهل
الجاهل وفسق الفاسق ربما حمل صاحبه على الاجترا على دين الله والحكم فيه بغير علم
ولا بينة معود على ما وضع له القضا بالنقض ولعل الجاهل المقلد لورعه لا يجتري على الحكم كما يجتري
عليه الفاسق العالم بالفقه فربما استعمل علمه فيما يدعوه اليه سفهه فالخوف من الله عز
وجل والعرض والحذر من اليم الملامه والعقاب اصل عظيم في باب القضا بالحق ففي القول
بانعزاله وعدم صحه توليته سد باب الشر وفتح باب الخير فليس في كل حين يمكن عزل
من يفسق من صناه السو فيكون ولاتهم وبالا على الامه وهذه المسايل زوايد قال
ولا يستفتى الفاسق هذه من الزوايد قال صاحب الهدايه في المفتي اذا كان فاسقا فقولان
احدهما انه لا يصلح لان الفتوى من امور الدين والفاسق لا يقبل قوله في الديانات وهذا
القول هو الذي اخترته في المتن وقيل يصلح للفتوى لانه يجتهد في اصابه الحق حذارا
من النسبه الى الخطا اقول اولى ما استدرك به فيض الرحمه الالهيه في تحقيق الواقعات

الشق عليه طاعه الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال تعالى واتقوا الله ويعلمكم
الله ومن اعتمد على رايه وذهنه في استخراج دقايق الفقه وانواره وهو يموج بظلمات المعصيه
وحقق ما نزل الخذلان عليه فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه ومن لم يجعل الله له نورا فما له
من نور قال ولا ينبغي ان لا يسال القضا لقوله صلى الله عليه وسلم من سال القضا وكل
الى نفسه ومن لم يسال نزل عليه ملك يسدده ولانه اذا طلب الولايه كان اعتماده على كفايه
نفسه واذا طلب اليها كان اعتماده على توفيق ربه قال ويرخص الدخول فيه لمن يثق
باداء فرضه ويكره لمن يخاف العجز عنه ولا يحيف فيه ويفرض على المتعين له اطلق اسم الرخصه
على الدخول في القضا لمن يثق من نفسه باداء ما يفرض عليه فيه وهو الصحيح فقد كره بعض المشايخ
الدخول فيه لمختارا اخذا بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضا فكانما ذبح بغير سكين
والصحيح ما ذكرنا طمعا في اقامه العدل المندوب اليه في قوله صلى الله عليه وسلم عدل
ساعه افضل من عباده سنه وفي روايه من عباده ستين سنه الا ان الدخول فيه لمن لم يامن على
ظنه في نفسه خطا وقد تتغير حاله بعد التوليه عما كان يظن في نفسه فلهذا وقد يجري على
سنن واحد الا ان غيره لا يعينه على ما يقتضيه رايه والاعانه من ضرورات ذلك اما اذا خاف
على نفسه الجور والحيف والعجز عن القيام بما يجب عليه فيه واما اذا تعين له بحيث اجتمعت
فيه اهليه القضا ولم يوجد في غيره حينيذ يفرض عليه الدخول فيه لانه لو تاخر مع تعينه
من لا يصلح وفي تقديمه فساد عظيم ودفع الفساد وصيانه حقوق العباد فرض وهذه المساله
زايده قال ويجوز التقلد من الجاير لان الصحابه رضي الله عنهم تقلدوا القضا من
معاويه والامام الحق هو علي رضي الله عنه ولان علما السلف تقلدوه من الحجاج مع جوره هذا
اذا كان يمكنه ان يقضي بالحق واذا كان السلطان الجاير يمنعه عن اقامه الحق لا يجوز التقلد
منه لفوات المقصود من القضاء وهو اقامه الحق قال ويجوز قضا المراه الا في الحدود
والقصاص وتقدم الكلام في ان القضا معتبر بالشهاده وانما لا يجوز قضاؤها في الحدود
والقصاص لان شهادتها في ذلك غير مقبوله كما ياتي في الشهادات قال واذا ولي تسلم
اليه ديوان من تقدمه اذا ولي القضا تسلم اليه ديوان القاضي الذي تقدمه وسطر في السجلات
وغيرها وتسلم حرايط السجلات اليه لانها وضعت فيها لتكون مرجعا عند الحاجه اليها
يتسلمها من يده تمامها من القضا وسوا كان الساس من بيت المال او من مال الخصوم لانهم
وضعوه في يد القاضي لعمله وكذا ان كانت من مال القاضي لانه يتدين ذلك ولم يتمولها ويبعث
شخصين امينين الى القاضي الذي كان قبله فيسالانه عن كل واحد منها ونصفها منه ويحرزانها

في خزايطها كل نوع في خريطة كيلا يشتبه عليه وهذا السؤال للكشف عن الحال دون الالزام
قال وينظر في حال اهل السجن فمن اعترف بحق الزمه ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه
الا ببينة ويستظهر قبل تخليته ش ثم ينظر القاضي في احوال المحبوسين لانه نصب ناظرا وهم
احقاء بالنظر في امرهم فمن اعترف منهم بحق الزمه ما اعترف به لكون الاقرار حجة ملزمة
وان انكر منهم لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة وهذا لان القاضي بالعزل التحق
بالرعية وشهادة الواحد ليست بحجة وعلى الخصوص اذا كانت على فعل نفسه واذا
لم تقم بينة لم يبادر الى تخليته سبيله ولكن يستظهر ويفحص عن حاله وهذا لان فعل من
تقدم حق ظاهر وفي تخليته ابطال حق من تعلق حقه بحبسه قال وينظر في الودايع
والوقوف فيما تقوم به الحجة ش ثم ينظر في الودايع وارتفاع الوقوف ليعمل فيها بما تقوم به
الحجة تشمل البينة والاعتراف فكل منهما حجة ولا يقبل قول المعزول لما تقدم فان اعترف
من الوديعة في يده ان القاضي سلمها اليه قبل قوله فيها لاستلزام اقراره بذلك على الاعتراف
بسبق يد القاضي فكان الوديعة في يده حكما فيقبل قوله فيها وان بدا بالاقرار لغير القاضي
سلمت الى من اقر بها له لسبق حق المقر له على يد القاضي قال ويجلس في المسجد ش
والغرض من ذلك ان يكون موضع حكمه ظاهرا لاهل بلده وللغرباء اذا قدموا وعلى هذا فالمسجد
الجامع اولى لانه اشهر ولذلك زاد في الكتاب وعن الشافعي رحمه الله انه كره جلوسه
في المسجد لاستلزام ذلك دخول المشرك النجس والحايض الممنوعة عن دخول المسجد ولنا
انه صلى الله عليه وسلم كان يحكم في المسجد ويفصل الحكومة في معتكفه والخلفاء الراشدون
كانوا يجلسون في المساجد لفصل القضايا والحكومات ولان القضاء بالحق من افضل العبادات
والمسجد احق باقامة العبادة فيه كالصلوة والمشرك نجاسته في الاعتقاد دون البدن فلا
يمنع دخوله والحايض تخبر القاضي بحالها فيخرج اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها
وبين خصمها كما اذا وقعت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره فلا باس به ويأذن للناس
في دخولها ويجلس معه من كان يجالسه من قبل لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا
يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ش القاضي لا يقبل الهدية
الا من احد رجلين اما ذو رحم محرم فان ذلك صلة الرحم الا ان يكون له حكومة فيمتنع لان الهدية
لاجلها ظاهرا واما الثاني من كانت له عادة سابقة قبل القضاء بمهاداته فيقبل منه هديته
لان الظاهر جريه على عادته فلا يكون هديته للقضاء الا اذا زاد على المقدار المعتاد لانه حينئذ
للقضاء واحترز بما اراده من القيد الاول في القريب وهو ان لا يكون له حكومة عن ذكره في المعتاد

للعلمية والقبلة والايدان قال ولا يحضر دعوة خاصة واستثنى قريبه ش لا يحضر القاضي
دعوة الا ان تكون عامة لانها اذا كانت عامة لا يلحقه بحضوره تهمة بخلاف الدعوة الخاصة
به وابو حنيفة وابو يوسف عمما هذا النفي ليشمل القريب ايضا المكان التهمة ومحمد رحمه الله اعتبر
حضوره دعوته بقبول هديته والنسبة وعلى قوله من الزوايد والدعوة الخاصة هي التي لما يحمل
المضيف عليها حضور القاضي فاذا علم انه لا يحضر يتركها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض
لان ذلك من حقوق المسلمين فلا يمتنع عنه قال عليه الصلوة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق
وعد منها هذين الامرين قال ولا يضيف احد الخصمين ولا يشير اليه ولا يساره ولا يلقنه
حجة ويسوي بينهما في المجلس ش اما الضيافة فلما فيها من التهمة الظاهرة بتخصيصها واما
الاشارة الى احد الخصمين ومسارته دون الاخر وتلقينه الحجة فلا شتمال ذلك على الميل
الى احد الخصمين والحيف بالاخر والتهمة الظاهرة مع انكسار قلب الخصم الذي ربما حمله على ترك
حقه عند مشاهدة ذلك ولا ينبغي ان يضحك في وجه احدهما لئلا يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازح حط
ولا واحدا منهما لان ذلك يذهب بمهابة مجلس القضاء قال واذا ثبت الحق بالبينة فطلب ذو
الحق حبس غريمه حبسه او بالاقرار بعث وامره بالاداء فان امتنع حبسه في كل دين هو بدل مال
كالثمن او ملتزم بعقد كالمهر والكفالة اذا ثبت الحق عند القاضي فلا يخلو اما ان ثبت ببينة
او اعتراف والاشارة الى هذين من الزوايد فان ثبت بالبينة فطلب الغريم حبس غريمه
حبسه القاضي عند ثبوت الحق لظهور مطله بانكاره اذ البينة لا تقام على المعترف واما
اذا ثبت الحق بالاقرار فطلب الغريم حبس غريمه لم يبادر القاضي بحبسه ولم يعجل به لكن يامره
باداء ما عليه من الحق لانه لم يثبت مطله اول الحال والحبس جزاء المطل ولعل هذا المقر
طمع من غريمه بامهاله فلم يستصحب معه ما اقر به فيامره بايصاله اليه فان امتنع من الاداء
ظهر مطله فيجيب الى حبسه في كل دين لزمه عن مال حصل له في يده كثمن المبيع وبدل
القرض وكان قد التزمه بعقد كالمهر والكفالة والمراد بالمهر المعجل منه دون المؤجل
كما نص عليه في الهداية ووجه ذلك انه لما حصل في يده المال ثبت غناه به واقدامه
على الالتزام باختياره دليل اليسار اذ العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على ادائه فقامت دلالة
الغنا ظاهرا فيحبس قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا ادعى الفقر حتى يقيم المدعي
بينة بيساره ويقبل القول لمن عليه مطلقا اما اذا ادعى الفقر في غير الدين اللازم
له بسبب مال حصلت في يده او التزمه بعقد فان القاضي لا يحبسه حتى يثبت يساره ببينة
يقيمها عليه المدعي لان في الاول قامت دلالة الغنا بسبب الاقدام على الالتزام وبسبب حصول

بدل ذلك الدين وفي غيره فقدت هذه الدلالة فلا بد من اثبات يساره بالحجة قال
اما مهما والا فالقول قول من عليه وقيل القول قول من عليه مطلقا يعني في هذا وفي الاول
ووجهه وهذا القول من الزوايد ووجهه ان الاصل هو الاعسار فانما يثبت اليسار بعارض
فالفقر اصل والغنا عارض والطاري يحتاج الى الاثبات وروي ان القول لمن عليه الا في
بدل المال وفي النفقة القول قول الزوج في الاعسار وفي اعتاق العبد المشترك القول
قول المعتق قال ويحبسه مدة يراها القاضي في الصحيح فان لم يظهر له مال خلاه ولا
يحول بينه وبين غرمايه ش اذا ثبت ان له مالا ببينة يقيمها المدعي او فيما القول قوله فيه يحبسه
القاضي مدة يتعرف فيها حاله ثم يسال عنه فان ظهر له مال والا خلى سبيله اما الحبس
فلانه بالمطل في الحال يستحقه وانما يطيل حبسه هذه المدة لان الغرض به ان يظهر ما عنده
بواسطة ضيق نفسه فان لم يمتد مدة لا يحصل هذه الفايدة وفي تقدير المدة روايات احدها
شهر والاخرى شهران والاخرى ثلثة واربعة الى ستة اشهر والصحيح ان ذلك مفوض الى راي
القاضي فالناس يختلفون في ذلك فمنهم شديد الحرص على حفظ المال يرى الحبس وان طال اهون
عليه من اخراج المال واخر ضده لا يستطيع ضنك العيش ولا يرى اهانة نفسه لا عز ازدره
يسعى بانواع من السعي في تخليص نفسه من ضيق الحبس والشاهد يرى ما لا يرى الغايب والقاضي
بحضرة الخصوم يتعرف من شمايلهم واحوالهم وطلا نفهم(?) يتعامل كل واحد بحسب ما يظهر
منه والتنبيه على ذلك من الزوايد وانما يطلقه اذا لم يظهر له مال بعد مضي المدة التي
عينها القاضي لانه معسر فيدا يستحق النظرة الى ميسرة بالنص فحبسه بعد استحقاقه ذلك
ظلم ولو قامت البينة على افلاسه من قبل حبسه هل يقبل فيه روايتان وعلى عدم القبول
عامة المشايخ قال ويحبس في نفقة المراة لا والد في دين ولده الا اذا امتنع ان
ينفق عليه ش اما الاول فلان الزوج اذا امتنع من الانفاق كان ظالما فيحبس واما الثاني
فلان الحبس عقوبة لا يستحقها الولد على والده الا بما له كالحد والقصاص وانما يحبس اذا امتنع
من الانفاق على الولد لان فيه احيا للولد لانه اذا مضت مدة لا ينفق عليه سقطت المطالبة
به فلا يتدارك فكان امتناعه ظلما فيحبس قال ولا يستخلف الا مفوض اليه القاضي
لا يستخلف غيره على القضا الا ان يفوض اليه ذلك لان تقليده القضا شي وتقليده شي وتقليده
لا يستلزم التقليد به قضا كالوكيل ليس له ان يوكل عنه الا باذن او تفويض وهذا خلاف
المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له الاستخلاف وان لم يصرح له به لقيام دلالة الاذن في ذلك
باعتبار توقتها فهي على شرف الفوات فكان الامر باقامتها اذنا بالاستخلاف فهاد لاله ولا كذلك

القضا فلو قضى القاضي الثاني والاول حاضر او قضى فاجازه الاول صح اجازة اعتبارا بالوكالة
باعتبار حضور رايه اما اذا فوض اليه الاستخلاف لملكه فيصير القاضي الثاني نايبا عن الاصل
فلا يملك القاضي الاول عزله قال واذا رفع اليه حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب
او السنة او الاجماع او يعري عن دليل ش وهذا لان القضا اذا لاقى محلا مجتهدا فيه نفذ ولا يرده
غيره ولان اجتهاد القاضي الثاني كاجتهاد الاول والاجتهاد الاول قد اتصل به القضا فترجح
على الثاني ولا ينقض الا بقوي لا باضعف قال فان قضى مخالفا لمذهبه ناسيا فهو نافذ
وفي العمد روايتان وقالا لا ينفذ مطلقا ويقضي به ش القاضي اذا قضى في المسألة مجتهد فيها بخلاف
رايه ومذهبه فلا يخلو اما ان كان ناسيا او عامدا فان كان ناسيا نفذ قضاؤه عند ابي حنيفة وان
كان عامدا فعنه في نفاد قضايه روايتان وجه النفاذ انه ليس بخطا بقينا لكونه مجتهدا فيه
فالمقضي به كغيره في احتمال الخطا والصواب وقد اتصل به القضا فترجح ومذهبهما انه لا ينفذ في
الوجهين عامدا كان وناسيا وهو معنى قوله لا اطلاق وعليه الفتوى ووجهه انه قضى بمجتهد
فيه بما هو خطا في رايه واجتهاده ومذهبه والواجب عليه العمل بما غلب على ظنه في المجتهد فيه
فقد تركه الى غيره من غير مرجح فلا ينفذ والمسألة كلها من الزوايد والمراد بالسنة المشهورة
منها لان مخالفته خطا بيقين والمعتبر في الاختلاف هو اختلاف الصدر الاول قال
ولا يحكم على غايب الا بنايب ش الحكم على الغايب لا يجوز الا ان يحضر من ينوب منابه ويقوم
مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز الحكم عليه لان الحكم مبني على ظهور الحق عند القاضي
وذلك بقيام البينة به فاذا قامت البينة ظهر الحق فصح الحكم ولنا ان قيام البينة يستلزم سبق
انكار المنكر لان العمل بها لقطع الخصومة والمنازعة وبدون الانكار لا يتحقق العمل بالبينة والمنكر
معدوم فيتعذر ترتب الحكم عليها ولجواز انه لو حضر لاقر كما يجوز انه ينكر فتشتبه على القاضي
وجه القضا لقيام هذا الاحتمال لان احكامهما مختلفة ولو انه انكر ثم غاب فالحكم كذلك
لان الانكار وقت القضا هو الشرط واطلق النايب ليشمل من يكون نايبا بانابته او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وذكر في الواقعات رجل توجه عليه القضا ببينة قامت عليه وعن ابي
حنيفة الرجل لا يقضى عليه حتى يحضر لانه لو قضى عليه يكون هذا قضا على الغايب وانه لا يجوز وعن
ابي يوسف في الامالي انه يقضى عليه وذكر القاضي ابو علي النسفي رحمه الله اني رايت في بعض
النوادر ان على قول ابي حنيفة رحمه الله مثل قول ابي يوسف فصارت المسألة متفقا عليها
انه ينصب عنه خصما ويقضى عليه وان كان لا يقضى عليه قال وهو شهادة الزور نافذ
مطلقا في العقود والفسوخ وقالا ظاهرا اذا قضى القاضي في الظاهر بتحريم او باحلال فهو

في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا فيما اذا كانت الدعوى بسبب
معين كالنكاح والطلاق والبيع والشرا والاقالة والرد بالعيب والنسب وفي الهبة والصدقة
روايتان وهي مسألة القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ ومن صورتها امراة ادعت
على رجل انه تزوجها فانكر فاقامت على ذلك بينة بحكم القاضي انها امراته ولم يكن تزوجها
قال ابو حنيفة رضي الله عنه وسعها المقام معه وان يدعه يطاها وقال ابو يوسف اخرا وهو
قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يسعه ان يطاها لهما ان القضا الظاهر انما كان ثابتا لا اثبات
امر لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فلا يثبت بالقضا وصار كالقضا في الاملاك المرسلة بشهادة
الزور وكما لو كان الشهود عبيدا او محدودين في قذف او كفارا وله انه قضى بما هو
المفترض عليه بعد قيام الحجة عنده لان الحجة ان يكون الشهود صدقة عنده للتعذر
الوقوف على حقيقة الصدق فينفذ ظاهرا وباطنا قياسا على ما اذا فرق بين الزوجين باللعان
وكما اذا قضى بانفساخ العقد بتحالف العاقدين بزعمهم ان القضا الظاهر انما كان بما هو كذلك
وانشا ما لا صحة للقضا بدونه وقد امكن امضاء كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم فاعتق
المامور فانه يقع العتق عن الامر ويثبت البيع سابقا على الاعتاق امضا بخلاف الاملاك المرسلة
لانه لا يمكن تنفيذه باطنا لتعذر اثبات الملك بدون السبب وفي الاسباب كثرة وتعين
سبب دون سبب غير ممكن وههنا امكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح فيتقدم صونا للقضا
عن البطلان وبخلاف ظهور الشهود عبيدا او محدودين في قذف لان القضا بشهادتهم
لا يجب على القاضي لان الوقوف عليه ممكن في الجملة قال ـــــ والقاضي والشاهد والراوي لا
يعملون بالخط مع نسيان الحادثة واجازاه اذا علموا انه خطهم لهما انهم اذا حققوا ان الخط
خطهم فاذا هم ذلك علم غالب الظن وغلبة الظن في باب القضا تنزل منزلة علم الاحاطة
وله ان القضا والشهادة والرواية لا تجوز الا عن علم لجواز ان الخط يشبه الخط وقد تغلب
الشبه بحيث تغلب عنده انه خطه وبعقل عن انه نفس خاص لم يكن ان يميز عليه بحيث
لا يمكن الناظر الى الخطين من التمييز بينهما فيعتقد باليقين في انه خطه وهو خط غيره في نفس
الامر والاحتياط في ذلك واجب ويذكر الواقعة مما يحرس عن ذلك قال ـــــ ومن
ممنوع عن الحكم بما علمه قبل الولاية ليس للقاضي ان يقضي بعلمه ولا بما شاهده قبل ان يتولى القضا
ولا ان يقضي بما علم به في غير مصره الذي استقضي فيه وما لا له ذلك لان مستند الحكم وهو العلم
لا يختلف حصوله عنده فان ندركه واحد والعالم به واحد ولا اثر للقضاء وعدمه ولا
للمصر وعدمه في ذلك فيجوز القضا به وله ان العلم حين وجد قبل القضا كان علم شهادة لا علم

قضا فلا يكون علم الشهادة موجبا للعلم للقضا بدون لفظة الشهادة والعدد والاداء
في مجلس القضا ولا يمكن القاضي ان يحمل علم بنفسه وشهادته موجبة للقضاء وانما تصير شهادته
موجبة للقضاء اذا شهد هو واخر عند الامام الذي فوقه لقضي به قال ـــــ واذا رضي
اثنان بحكم صفة القاضي جاز في غير الحدود والقصاص اذا راضي رجلان ان يحكما رجلا الحكم
بينهما جاز حكمه لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وصح حكمه عليهما وقوله صفة القاضي
تحرز به عن ان يكون المحكم كافرا او محدودا في القذف او عبدا او ذميا او صبيا او فاسقا في
اختيار الطحاوي على ما مر لعدم اهلية القضا واعتبارا باهلية الشهادة على ما مر واما استثنى
الحدود والقصاص لانه ليس لهما ولاية على دمهما الا ترى انهما لا يملكان اباحته ولو رضيا باباحته
لا يستباح وقيل ان تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالطلاق
المضاف وغيره وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال انه يحتاج الى حكم المولى لئلا يتجاسر العوام
على الحكم قال ـــــ واذا حكم لم يجز رجوعهما لكل واحد من الخصمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما
فاذا حكم لم يكن لهما الرجوع وهذا لانه محكم من قبلهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم
لزمهما لان حكمه صدر عن ولاية عليهما قال ـــــ وبمضيه القاضي ان وافق مذهبه حكم
المحكم اذا رفع الى القاضي يوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم بالقضا به وان خالفه
نقضه لان حكمه غير لازم له لانه حاكم لا من جهته قال ـــــ وان حكم في خطا بالدية على العاقلة
لم ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة لانه غير محكم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية
في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه حكم يخالف النص وكذا به الا اذا ثبت القتل
باقراره فان العاقلة لا تعقله فيصح حكمه بها عليه في ماله قال ـــــ ويسمع الحجة ويقضي بالنكول
والاقرار لان الحكم بذلك حكم يوافق الشرع والبينة على الاقرار زايد واذا اخبر باقرار
احد الخصمين للذين حكماه او بعدالة الشهود وهو على حكمهما يقبل قوله ولا يلتفت الى انكار
الخصم سبب تمام ولايته وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا ولايته فصار كقول المولى بعد عزله قال
ولا يحكم لاصوله وفروعه وزوجته كالقاضي حكم المحكم والمولى لابائه وامهاته
واولاده وزوجاته باطل لتمكن التهمة ولهذا لا تقبل شهادته لهم وفي قوله لاصوله تنبيه
على انه لو قضى عليهم جاز لانتفا التهمة المانعة من الحكم لهم والتنبيه على ان حكم القاضي
والمحكم في ذلك سوا من الزوايد قال ـــــ ويقبل بالسنة كتاب القاضي الى مثله في
كل حق لا يسقط بشبهة فيكتب بالحكم او بنقل الشهادة ليحكم المكتوب اليه وينقل في العقار
والمنقول على المختار كتاب القاضي الى القاضي مقبول اذا قامت البينة عند المكتوب اليه

وهذا المساس الحاجة الى القبول واطلق البينة ليعم الرجلين والرجل والمرأتين وانما اشترط البينة لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة لانه ملزم وهذا بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لعدم الالزام وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام انما هو بالشهادة دون التزكية فان كان الخصم حاضرا وقامت البينة عليه حكم عليه بها وكتب بحكمه وهذا هو السجل وان شهدوا عنده والخصم غير حاضر عنده لم يحكم لانه لا يحكم عن الغائب ويكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة والحاجة ماسة الى قبوله فلعله يتعذر على المدعي الجمع بين الشهود والخصم فاشبه الشهادة على الشهادة وانما لا يقبل كتابه فيما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص لما في ذلك من شبهة البدلية فصار كالشهادة ولانها اعني الحدود والقصاص مما يندرئ بالشبهة وفي قبول كتاب القاضي بها سعي في اثباتها ويندرج تحت قوله في كل حق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة فان ذلك كله بمنزلة الدين وهو مما يعرف بالوصف وانما يقبل كتابه بالعقار لان التعريف يقع بالتحديد وكذلك يقبل كتابه في سائر المنقولات كما هو مذهب محمد وهو المختار للفتوى وعليه المشايخ المتأخرون ووجه الرواية الناطقة بعدم القبول احتياج المنقول الى الاشارة قال ويقرأه على الشهود ليعلموا ما فيه ويختمه ويختم بحضرتهم ويسلمه اليهم ويوجب الاشهاد لا غير واختاره السرخسي ه الشرط عند ابي حنيفة رضي الله عنه في قبول كتاب القاضي الى القاضي ان يقرأ الكتاب على الشهود ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة ولا يجوز بدون العلم وان يختم بحضرتهم ويسلمه اليهم وقال ابو يوسف رحمه الله ليس شيء من ذلك بشرط سوى ان يشهدهم ان هذا الكتاب كتابه والختم ختمه وعنه ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالعيان وقد اختار شمس الائمة قوله والشبه على ذلك من الرواية قال ولا يقبله القاضي حتى يحضر الخصم ه وهذا لانه بمنزلة اداء الشهادة يشترط حضوره بخلاف سماع القاضي الكتاب لان ذلك للنقل لا للحكم قال وينظر ختمه فاذا شهدوا انه كتابه سلمه اليهم وقرأه عليهم وختمه وفضه وقرأه على الخصم والزمه ما فيه ويأمره بذلك اذا شهدوا انه كتابه ه وهذه المسألة فرع على الخلاف المذكور في سابقتها بين ابي يوسف وصاحبيه ولم يشترط في فتح الكتاب ظهور العدالة والصحيح انه شرط كذا ذكره الخصاف لانه ربما احتاج الى زيادة الشهود ولا يقبله المكتوب اليه اذا

كان القاضي الكاتب باقيا على قضائه فلو خرج عن اهلية القضاء او مات او عزل قبل وصول الكتاب لا يقبل لانه صار ملحقا باحاد الرعية وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كان معينا بان قال الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له اما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين على ما اختاره المشايخ لان المكتوب اليه غير معروف ولو مات الخصم انفذه على الورثة لقيامهم مقامه ه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر ه هذا هو التعريف الذي ذكره القدوري رحمه الله وانما زاد لفظة يفسر تحرزا عن الجملة الاسمية فانه لا خلاف بين اصحابنا في ذلك وهذا التعريف حسن وقد قيل ايضا المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وعن محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وانما اقتصر عليه لانه اذا عرف المدعى عليه عرف المدعي الا ان الانكار لا يعتبر الصورة فكم من مدع صورة وهو منكر كمن يدعي رد الوديعة الى صاحبها فان القول قوله لكونه منكرا للضمان معنى وان كان مدعيا للرد صورة فالحال في معرفة المنكر موكول الى نظر الفقيه والاعتبار في ذلك بالمعاني قال ويشترط لقبولها معرفة المدعى به في جنسه وقدره ه لان الغرض من الدعوى هو الزام المدعى عليه عند قيام البينة ولا الزام فيما لا يعلم جنسه وقدره قال واحضاره ان كان عينا حاضرة والابانة بقيمتها ه اذا كان المدعى به عينا فلا يخلو اما ان كانت حاضرة او غير حاضرة فان كانت حاضرة كلف المدعى عليه احضارها ليشير المدعي اليها في دعواه وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بالمدعى به شرط وهو في المنقول بالاشارة اليه لامكان النقل وكون الاشارة ابلغ في باب التعريف واذا لم تكن العين حاضرة بعين ذكر قيمتها لانه تعذرت الاشارة اليها وقيمتها هو معناها وبها يصير معلومة لان العين تعرف بالوصف وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط ذكر الذكورة والانوثة ايضا مع القيمة وقد اتفق القضاة من اخرهم على وجوب الحضور ووجوب الجواب عند الحضور ليكون حضوره مفيدا فائدته ووجوب احضار العين المدعى بها ووجوب اليمين عند الانكار قال وان كان عقارا فالتحديد في الدعوى والشهادة شرط واكتفيا بالشهرة في المشهور ه ذكر الحدود باسماء اصحابها واسماء ابيهم الى الجد شرط عند ابي حنيفة لتعلق تمام التعريف بذكر الجد وهذا هو الصحيح الا ان يكون الرجل الذي ينسب الحد اليه مشهورا فيكتفي بذكره لحصول المقصود وهذا الخلاف فيما اذا كان

معنى ح

كان العقار مشهورًا في نفسه فلا يستغنى لشهرته عن تحديده عند ابي حنيفة خلافًا لهما
فانهما اعتبرا شهرة العقار بشهرة الرجل في الحد وابو حنيفة راعى فائدة التحديد وهو
دفع وقوع التنازع في المحدود بزيادة ونقصان بخلاف الرجل ويشترط التحديد في الشهادة
كما يشترط في الدعوى لتطابق الشهادة الدعوى ولتكون الشهادة بعين المدعى وليس ذلك
الا بالتحديد قال والمصنف يذكر بثلثة اذا ذكر ثلثة من حدود الدار يكفي ذلك
عندنا وقال زفر لا بد من الاربعة لان تمام المعرفة بالمحدود يتعلق بذكرها فاذا اخل
بالرابع لم يكن دعواه معلومة ولا الشهادة ايضا فلا تسمع ولنا ان للثلثة اكثرها فيقوم
مقام الكل ولو ذكر الاربعة وغلط في الحد الرابع لا تسمع لان الدعوى يختلف بذلك ولا كذلك
بالترك وعن ابي يوسف لو ذكر حدين يكتفي بهما واختلف في الحدين فقيل يجب ان يكونا
متقابلين وقيل متصلين وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط التحديد في الشهادة
قال ثم يذكر بان المدعى عليه ومطالبته اما الاول فلان المدعى عليه اذا لم يكن المدعى
به في يده لا يكون خصمًا للمدعي فيجب على المدعي ان يذكر ان المدعى به في يده وهذا في المنقول
اما العقار فلا يكتفى بذكره انه في يده وتصديق المدعى عليه بل لا يثبت الا ببينة او علم القاضي
وهذا هو الصحيح نفيًا لتهمة المواضعة فلعل العقار في يد غيرهما واما المنقول فاليد مشاهد
فيه واما الثاني فلان المطالبة حق المدعي فيشترط طلبه ولان يحرزه اليد لا يكفي في دون
الطلب لجواز ان يكون مرهونًا في يده او محبوسًا معه على الثمن فالمطالبة يزيل مثل هذا
الاحتمال ولهذا قيل يجب ان يقول في المنقول انه في يده بغير حق وزاد بعضهم شرطا اخر
وهو ان يقول وواجب عليه لصاحبه الى غير ان هذا الشرط الزائد ليس بواجب في الصحيح
قال وان كان دينا فطالبته اي وان كان المدعى به دينا في الذمة يشترط المطالبة
به لما مر ولان صاحب الذمة حاضر فلم يبق الا مطالبته الا ان يعرفه بالوصف لا يشترط لانه
يعرف به قال فاذا صحت سال القاضي المدعى عليه فان اعترف قضى عليه وان انكر
سال المدعي البينة فان احضرها حكم بها وان عجز وطلب يمينه استحلف فان نكل الزمه
المدعى به وان اخره حتى يعرض اليمين ثلثا كان اولى لا يخير ردها على المدعي اما سال
القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فيقول له ما تقول فيما يدعيه عليك لاستكشاف
وجه الحكم لان الجواب اما بالاعتراف والانكار ويترتب على كل منهما حكم فان
اعترف بما ادعاه المدعي قضى به لان الاعتراف حجة موجبة بنفسها فيجب عليه الخروج عن
عهدة ما اعترف به وان انكر ما ادعى عليه به سال المدعي البينة المظهرة لصدق دعواه

٤٨٢

لقوله صلى الله عليه وسلم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال المدعي البينة اولًا ثم لما
فقدت رتب على فقدها اليمين فالسؤال لا بد منه ليتمكن من ترتيب الاستحلاف عند
عدم البينة فان احضر بينته قضى بها لانها حجة ملزمة ولا تهمة فيها وان عجز عن اقامة البينة
وطلب يمين خصمه استحلفه القاضي لانه عليه السلام رتب الاستحلاف على فقد البينة كما مر ولما
كان اليمين حق المدعي بقوله عليه السلام لك يمينه اشترط طلبه لكونه صاحب الحق فان نكل
المدعى عليه عن اليمين قضى القاضي عليه بالنكول والزمه ما ادعى به عليه ويصح القضاء بالنكول في
اول مرة هو المذهب وهو الصحيح الا ان اصحابنا رحمهم الله قالوا ينبغي له ان يعرض عليه اليمين
ثلث مرات فيقول اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بالنكول
والزمتك ما ادعى به عليك وهذا انما استحب في موضع الخفاء احتياطا والمذهب هو الاول
حتى لو قضى بالنكول مرة جاز هو الصحيح والاول اولى وفي لفظه اولى زيادة ولا يرد اليمين على المدعي
وقال الشافعي رحمه الله يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضي به لان النكول لا يشهد
حجة لاحتمال انه ترفع عن اليمين الصادقة واحتمال تحرجه عن اليمين الكاذبة واما المدعي
فيمينه غير محتملة بل هي دليل على ظهور دعواه فيحكم بها ولنا ان النكول دليل على انه باذل
للمدعي ومقر له به ولولا ذلك لاقدم على اليمين دفعًا للضرر الالتزام عن نفسه والرد لا وجه له
لانه صلى الله عليه وسلم رتب يمين المدعى عليه على عجز المدعي عن البينة وفي الرد هذا الترتيب د د صح
قال ولو قال لا اقر ولا انكر فالقاضي لا يستحلف اذا قال المدعى عليه لا اقر بما ادعى ولا
انكره قال ابو حنيفة لا يستحلف وانما لا يستحلف لان كلاميه تعارضا فتساقطا فكان ساكتًا
والسكوت نكول حكمي منزل منزلة النكول الحقيقي وهو قوله لا احلف اذا لم يكن عن افة مانعة
عن الكلام وابو حنيفة رضي الله عنه يقول اليمين انما تتوجه شرعا على المنكر وقد صرح بانه
غير منكر فلم يمكن تحليفه لكن القاضي يقول له اما ان تصدقه في دعواه واما ان تصرح
بالانكار فان اصر على كلامه كان جانيا لترك طاعة اولي الامر فيؤدبه القاضي بالحبس قال
ولا يحكم بالشاهد واليمين اذا ادعى المدعي فطولب بالبينة فاحضر شاهدا واحدا
قال الشافعي يحلف المدعي على دعواه مع شهادة هذا الشاهد ويقضي بها القاضي ومنع اصحابنا سا
من ذلك لما روي انه صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد واليمين ولنا ان النص اوجب
البينة على المدعي وهما شاهدان ورجل وامراتان بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان نقل الحكم عند فقد الشاهدين من الرجال الى شهادة
الرجل والمراتين ولو كان الحكم باليمين مع الشاهد الواحد مشروعا لنقل الحكم اليه لان النص

النبوي فتتم البينة عليه واليمين على المنكر والقسمة مما ينافي الشركة فلو كان يمين المدعي مع الشاهد
لكان ذلك زيادة لهذه التسمية وما رواه طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله وهو محمول على انه لما
احضر الشاهد الواحد استحلف صلى الله عليه وسلم المدعى عليه ثم حكم بالنكول فرأى الراوي
حكمه بعد الشاهد واليمين فكانت الرواية مستندا الى ظنه انه قضى بشاهد ويمين قال
ولو قال بينتي حاضرة في المصر وطلب يمينه فهو ممنوع ش رجل قال لي بينة حاضرة ثم طلب
من القاضي ان يستحلف خصمه فان كانت حاضرة في مجلس القضا لم يستحلف اجماعا وان كانت
غائبة عن المصر مسافة السفر استحلف اجماعا وان كانت في المصر فهي المسألة الخلافية قالا يستحلفه
وقال ابو حنيفة لا يستحلفه وكذلك زاد قوله في المصر تحقيقا لموضع الخلاف لهما عموم قوله عليه
السلام واليمين على من انكر واعتبارا بما اذا كانت البينة غائبة عن المصر مسافة القصر وله
انه صلى الله عليه وسلم رتب يمينه على عدم البينة بقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال
لك يمينه واعتبارا بما اذا كانت حاضرة في مجلس القضا قال ويأخذ كفيلا بنفسه ثلثة
ايام فان امتنع لازمه الا ان يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضي ش اذا قال المدعي
لي بينة حاضرة في المصر قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام والغرض من ذلك ان لا يبطل
حقه بتغيب المدعى عليه والكفالة بالنفس جائزة على ما مر في الكفالة ثم اخذ الكفيل بمجرد
دعواه استحسانا ووجهه ان ذلك نظرا للمدعي بحفظ حقه وليس فيه عظيم ضرر على المدعى عليه
لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى الا ترى انه يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح الامر
بالكفيل لاحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن الامام هو الصحيح ثم لا فرق بين ان يكون
المال المدعى به جليلا او حقيرا او المدعى عليه خاملا او وجيها في ظاهر المذهب وعن محمد ان المدعى
عليه اذا كان معروفا وجيها يعلم ان مثله لا يخفي نفسه لا يطالب بالكفيل وكذلك اذا كان المال
حقيرا والمسألة موضوعة فيما اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واكتفى في ذلك لانه اردفها
عقيب المسألة الناطقة بذلك ولو قال لا شهود لي او شهودي غيب لم يكفل لخلو الكفيل
عن الفايدة فان امتنع المدعى عليه عن اعطاء الكفيل بنفسه لازمه المدعي حفظا لحقه الا ان
يكون مسافرا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي لان الملازمة والكفالة اكثر من ذلك اضرارا
به من حيث منعه من السفر وليس في ملازمته بهذا القدر كثير ضرر فجاز وقد مر الكلام في كيفية
الملازمة في الحجر قال ولا يستحلف في حد ولعان وكذا في مجرد نكاح ورجعة وفي ولا
وولاء ورق ونسب ويفتى بقولهما ش قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يستحلف في الاشيا الستة
وهي النكاح والفيء في الايلا والرجعة والرق والولاء والنسب وقالا يستحلف فيها وعلى هذا الخلاف

الاستيلاد لانه يلحق بهذه المسألة لان الدعوى فيه دعوى النسب او دعوى الرق واجمعوا على انه
لا يستحلف في الحدود وصورة المسألة في النكاح ان يدعي رجل على امراة نكاحا او ادعت هي عليه
نكاحا وفي الفيء في الايلاء اذا ادعى بعد مضي مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة او ادعت المراة
ذلك وفي الرجعة اذا ادعى بعد انقضاء عدتها انه كان راجعها في العدة او ادعت هي ذلك وفي الرق
اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى مجهول النسب انه معتقه او كان ذلك في الولاء وفي
الولاء اي النسب اذا ادعى الولد على الوالد والوالد على الولد وفي الاستيلاد اذا ادعت الامة على
المولى انه ولدت منه وانكر المولى ولا يتصور العكس اعني الدعوى من قبله عليها لان الاستيلاد يثبت
باقراره وقوله بمجرد نكاح قيد زائد لفايدة تبيين محل الخلاف يريد به اذا لم يكن المقصود هو المال فاما
اذا كان المقصود هو المال كما اذا ادعت امراة على رجل انه تزوجها بالف وطلقها قبل الدخول بها
ولها عليه نصف المهر فانه يستحلف بالاجماع فاذا نكل يقضى عليه بنصف المهر لهما ان هذه الاشيا
شاركت غيرها في علة الاستحلاف فتشاركها فيه لان الاستحلاف انما شرع قاطعا للخصومة اما
بتقدير الاقدام عليه فيكف المدعي عن دعواه واما بتقدير نكوله فيتمكن المدعي من الاخذ لكون النكول اقرارا
معنى لان هذه اليمين حرام والاتيان بها امتثالا لامر القاضي المطاع وامتناع العاقل الدين عن الاتيان
بالواجب دليل حرمة اليمين لكونه كاذبا فيكون ذلك اقرارا منه بالمدعى دلالة الا ان في هذا الاقرار شبهة
باعتبار كونه ثابتا دلالة لا صريحا فلا يشرع فيما يندرئ بالشبهات كالحدود واللعان لان اللعان في
معناها ويشرع فيما يثبت مع الشبهات كسائر الحقوق وله ان الاستحلاف فيها لا يفيد فايدته
فلا يشرع لقطع الخصومة ولا ينقطع بالنكول لعدم تمكنه من الاخذ وهذا لان الامتناع عن اليمين يجوز
ان يكون تحرجا منها وكونه كاذبا في الانكار يجوز ان يكون صيانة للعرض عن نسبة التجاسر على اليمين
الكاذبة ترفعا وتنزها عن اليمين الصادقة او لاشتباه الحال عليه فكانه يقول لا اقر ولا اليمين وان كنت
مبادرا ولا امتنع عما تدعيه بل ابذله فيكون فيه شبهة البذل والبذل لا يجري في هذه الاشيا فلا
يجري الاستحلاف فايدة القضا بالنكول ولم ينتصب النكول حجة وجعله بذلا اولى من جعله
اقرارا صيانة له عن شبهة الكذب في انكاره وقد ذكر القاضي الامام قاضي خان في شرح الجامع
الصغير ان المنكر يستحلف في الاشيا الستة عندهما فاذا نكل يحبس حتى يقر او يحلف والفتوى
على هذا ولذلك زاد في الكتاب ويفتى بقولهما ولما كان هذا البذل لدفع الخصومة
ملكه المكاتب والماذون لهما في التجارة لما فيه من دفع الخصومة عنهما بمنزلة الضيافة اليسيرة
والاعارة وصحة البذل في الدين بنا على زعم المدعي ان المال ليس بذلك وانما يرفعه عليه وان زعم
المدعى عليه كونه بذلا لكن امر المال هين ويجري فيه البذل الذي هو قول الممتنع لان الاشيا الستة

لامتناع حق بان لا يبذل فيهما قال ويحلف في دعوى القصاص في النفس والطرف فان نكل
فالقصاص في الطرف والحبس حتى يقر او يحلف في النفس وقالا المال فيهما ش رجل ادعى على آخر قصاصا
في نفس او طرف استحلف بالاجماع فان حلف انقطعت الخصومة وان نكل قال ابو حنيفة رضي الله عنه الحكم
هو القصاص في الطرف والحبس حتى يقر او يحلف في النفس وقالا لا يقضى بالقصاص بل يقضى بالمال
فيهما لهما ان النكول اقرار دلالة على ما مر لانه تمكنت فيه شبهة فيمتنع بالشبهة في الطرف كما يمتنع
في النفس فيقضى بالمال لتعذر استيفاء القصاص ممن كان عليه كما لو ادعى عليه العمد فاقر بالخطا
وله ان النكول ان كان بذلا على ما مر فلا يجري في النفس وان كان اقرارا فالقصاص يمتنع بالشبهة
ولا يمكن ايجاب دية النفس بالنكول لانه بذل عن النفس فيتحد الحكم فيها فيجب الحبس حتى يقر او
يحلف واما الطرف فهو يلحق بالاموال من جهة ان الاطراف مخلوقة لمنفعة الآدمي كالاموال
والبذل يجري في الاموال فيجري فيما الحق بها والاموال لا تمتنع بالشبهة فكذا ما الحق بها ولهذا لو
قال اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان الا انه غير مباح لخلوه عن الفائدة وهذا البذل هاهنا
مفيد لدفع الخصومة فصار كقطع اليد بالاكلة وقلع السن للالم واذا امتنع القصاص في النفس واليمين
مستحقة وجب الحبس كما في القسامة قال ولو ظفر بجنس حقه اخذه او بخلافه يمنعه ش الغريم
اذا ظفر بمال غريمه بجنس ماله عليه اخذه وان ظفر بماله بخلاف جنسه لم يجز له اخذه وللشافعي
قولان احدهما يأخذ ويرفع الى القاضي حتى يبيعه في حقه بعد اقامة البينة على استحقاق المال وقيل
انه يستقل بالبيع بغير جنس حقه وقيل بل يتملك من العين بمقدار حقه وجه القول بالجواز ان ما ظفر
به وان لم يكن من جنس حقه لكن ماليته القائمة به من جنس حقه فكان له اخذه لانه يتسبل الى اخذ
ما هو جنس حقه اجماعا ولا وصول له الى المالية الا باخذه فجاز له اخذه تمكينا من الوصول الى
ماليته ولنا انه غير حقه فهو وان كان يتسبل الى اخذ حقه لكنه ممنوع من اخذ غير حقه
والدليل على انه غير حقه انه لو دفعه اليه المطلوب لم يكن قابضا الا ان يرضى به ولو كان حقه
لصار قابضا له بالتخلية كما لو احضره ما هو جنس حقه فانه يصير قابضا بالتخلية لانه عين حقه
حكما وهذا لان نقض الطالب غير جنس حقه اقتضاء عن حقه لا يكون الا بطريق المقايضة والمقا
في معنى البيع فلا بد فيه من التراضي ش

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال ويحلف بالله دون غيره ويؤكد باوصافه لا بالطلاق والعتاق ش اما اليمين بالله تعالى دون غيره
فلما مر في كتاب الايمان من قوله عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك واما يؤكد باوصافه
تغليظا في اليمين كقوله قل والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم عالم الغيب والشهادة الذي يعلم

السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي يدعيه وكذا وكذا ولا شيء
منه وللقاضي ان يزيد في التغليظ وينقص منه على حسب ما يقتضيه الحال ويحتاط كي لا يتكرر اليمين
بادخال حرف العطف كقوله والله والرحمن والرحيم فانها ايمان ثلاثة وقيل لا تغلظ اليمين على المعروف
بالدين والصلاح وتغلظ على غيره وقيل تغلظ في الخطير من المال دون الحقير وانما لا يستحلف بطلاق
ولا عتاق لان اليمين بهما يمين بغير الله تعالى وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
التحليف بهما لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى قال ولا تغلظ بزمان ولا مكان ش لان الغرض
من اليمين تعظيم المقسم به وذلك حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي بايجاب حضوره
تلك الامكنة او الازمنة والحرج مدفوع قال واليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والمجوسي بالله الذي خلق النار ش روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم
هذا فهذا اصل يعمل عليه ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فتغلظ
على كل واحد منهما بذكر ما انزل على نبيه وذكر محمد في الاصل ان المجوسي يحلف بالله الذي خلق
النار وروي عن ابي حنيفة انه لا يحلف احدا الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير
اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض المشايخ وقد لاحظ في ذلك لطيفة وهي ان في ذكر
النار مع اسم الله عز وجل تعظيما لها ولا ينبغي ذلك بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة
والوثني يستحلف بالله لان الكفار يعتقدون بالله تعالى قال تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن
الله قال ولا يحلفون في متعبدهم ش لان القاضي ممنوع من حضورها قال واذا
جحد انه باعه هذا العبد بالف استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه وفي الغصب ما يستحق عليك
رده وفي النكاح ما بينكما نكاح قائم في الحال وفي الطلاق ما هي بائن منك الساعة بما ملك لا يسفها
معنى قوله لا يسفها اي لا يحلف بالله ما بعت ولا في الغصب بالله ما غصبت ولا في الطلاق بالله
ما طلقت وهذا لان البيع قد يقال ويفسخ والغصب قد يفسخ بالهبة او البيع والنكاح قد يطرا عليه الخلع
والطلاق قد يجدد بعد الابانة فاليمين على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر
المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف فانه يحلف على
السبب الا اذا عرض بشيء مما ذكرناه فيحلف حينئذ على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان
انكر السبب حلف عليه وان انكر الحكم حلف على الحاصل فعندهما اليمين على الحاصل هو
الاصل اذا كان السبب مما يرتفع كما بيناه الا اذا كان في التحليف على الحاصل ترك النظر في حق
المدعي فيحلف على السبب حينئذ كما اذا ادعت المبتوتة النفقة على زوجها والزوج ممن لا يعتقد وجوبها

فاذا حلف على الحاصل يقال والله لا يستحق عليه نفقة فيكون صادقا في نفسه واعتقاده ويتضرر
المرأة فيحلف على السبب فيقول والله ما ابانها وكذلك اذا ادعى الشفعة بالجوار والمشتري
ممن لا يعتقدها فانه يحلف على السبب نظرا في حق المدعي هذا اذا كان السبب مما يرتفع فان كان
مما لا يرتفع برافع حلف على السبب اجماعا كالعبد المسلم يدعي ان مولاه اعتقه ومولاه ينكر يحلف
بالله ما اعتقه لانه مما لا يرتفع بخلاف العبد الكافر والامة الكافرة فان الرق يتكرر عليهما بالردة
واللحاق ويتكرر عليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على المسلم فافترقا قال ويحلف الوارث
على العلم والمشتري على البتات هاتان مسألتان من الزوايد الاولى رجل ورث عبدا فادعاه
اخر انه له حلف بالله ما يعلم استحقاقه له لانه لا علم له بما صنع مورثه ولا يحلف على البتات لانه
لا يحيط علما لاستحقاق الثانية اذا اشترى عبدا او وهب له فادعاه اخر يحلف على البتات
لوجود المطلق لليمين فان الشرا سبب لثبوت الملك وضعا فاذا امتنع عن اليمين صار باذلا وكذلك

حكم الهبة ه

فصل في التحالف

قال واذا ادعى

البايع ثمنا اكثر والمشتري ثمنا اكثر فقضى لمن اقام البينة ه اذا اختلف المتبايعان في البيع
فادعى احدهما ثمنا وادعى البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع فادعى المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة على دعواه حكم بها لان احدى الدعوتين تنور بالحجة وفي
الاخرى مجردها قال فان برهنا قدم منهما للزيادة ه لان البينتين تعارضتا في
الاثبات وخلى المثبت للزيادة عن معارض واذا كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع
اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى اثبات الزيادة قال والا دعيا الى
التراضي ه اي وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالمبيع والا فسخنا
البيع لان الدعا الى الرضا جيد في قطع الخصومة والمقصود قطعها فقد لا يرضيان بالفسخ فاذا
تحققاه تراضيا قال فان امتنعا استحلفا وفسخ البيع وبدى بالمشتري في الصحيح ه واذا طلبه
القاضي الى التراضي فابيا استحلف كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل
القبض جاز على مقتضى القياس وبعد القبض جاز على خلاف القياس ثابت بالسنة اما الاول
فلان البايع مدع لزيادة الثمن والمشتري منكر وكذلك المشتري مدع لوجوب تسليم المبيع
بما نقد من الثمن والبايع منكر فكل منهما منكر ما يدعيه الاخر فيحلف واما الثاني
اعني بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقيت دعوى
البايع في زيادة الثمن حسب والمشتري منكر والقياس يقتضي الاقتصار على تحليفه الا انا عدلنا
عن القياس بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا

وبدا القاضي بتحليف المشتري عند ابي حنيفة في رواية وهو قول محمد وقول ابي يوسف الاخر
وهو الصحيح والمنصوص على التصحيح من الزوايد وهذا لان المشتري اشد انكارا لانه اول من يطالب
باليمين اولا ولانه هو الذي يعجل فائدة النكول بالزام الثمن ولو بدي بيمين البايع تتاخر المطالبة
بتسليم المبيع الى حين استيفاء الثمن ووجه قول ابي يوسف الاول قوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع ولا يقصر هذا التخصيص عن افادة التقديم
هذا اذا كان الاختلاف بينهما في السلعة والثمن فان اختلفا في بيع عين بعين او ثمن بثمن
بدا القاضي باستحلاف من شاء منهما لتساويهما وصفة يمين المشتري والله ما اشتراه بالفين ويمين
البايع والله ما باعه بالف وذكر في الزيادات انه يضم النفي الى الاثبات فيقول المشتري والله
ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف والبايع والله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين والغرض
من ذلك التاكيد الا ان الاصح هو الاول لان الايمان وضعت على النفي لا على الاثبات بدليل
حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فاذا حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وفي
هذا دليل على انه لا ينفسخ بمجرد التحالف لانه لم يثبت دعوى كل منهما فيكون بيعا مجهولا
فيفسخه القاضي دفعا للمنازعة او بالمنازعة او لما لم يثبت البدل كان بيعا بغير بدل وهو فاسد
فلا بد من الفسخ في البيع الفاسد وان نكل احدهما لزمه دعوى الاخر لكونه باذلا او بالنكول
قال وان اختلفا في الاجل وشرط الخيار او استيفاء بعض الثمن كان القول للمنكر ه اذا
ادعى احدهما اجلا وانكره الاخر او ادعى احدهما شرط الخيار وانكره الاخر او انه استوفى
بعض الثمن وانكر ذلك فلا تحالف بينهما لان الاختلاف في هذه الاشيا اختلاف في غير المعقود
عليه والمعقود به فينزل منزلة الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بعدم الاجل وشرط الخيار
وقبض بعض الثمن لا يختل البيع لبقاء ما به قوام العقد وهو الركن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن
وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لرجوع ذلك الاختلاف
الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو انما يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى
ان الثمن موجود بعد مضي الاجل واذا لم يجر بينهما التحالف فالقول قول المنكر مع يمينه لان
الاجل والشرط انما يثبت بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال او في الثمن
بعد هلاك المبيع اي بالتحالف والفسخ على قيمته وجعلا القول للمشتري قال ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله اذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع لا يتحالفان
ويكون القول قول المشتري مع يمينه وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لقوله عليه
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان كلا منهما ينكر ما يدعيه الاخر

فتوجه اليمين عليه فاذا تحالفا تفاسخا ونعذر امضا البيع فوجب رد كل منهما على ما هو حقه ان كان قايما والى بدله ان كان فايتا ولهما ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لسلامة المبيع له فلا نطالب البايع واما البايع فانه يطالب المشتري بزيادة الثمن والمشتري ينكره فيكون القول قوله مع اليمين وانما ثبت التحالف فيه نصا بشرط بقا المبيع وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا والتحالف حال قيام السلعة يفيد الفسخ ولا كذلك بعد الهلاك لارتفاع العقد بهلاك المبيع قوله كل منهما يدعي دعوى لا اخر قلنا لا اعتبار بالدعوى اذا لم يكن معها المطالب في الحال والمشتري لا يطالب البايع بشي في الحال لسلامة المبيع في يده بخلاف قبل القبض لما مر بيانه قال او بعد هلاك بعضه فالتحالف يمتنع الا ان يرضى بترك حصة الهالك والقول للمشتري وبامر التحالف في القايم والفسخ فيه ويجعل القول للمشتري في قيمة الهالك وانما منهما ه اذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد هلاك بعض المبيع كعبدين مات احدهما عند المشتري فقال البايع الثمن الف وخمسمائة وقال المشتري بل الف لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك والقول قول المشتري مع يمينه لانه هو المنكر على ما مر وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بالف وخمسمائة ويحلف البايع بالله ما باعهما بالف فاذا حلفا فسخ البيع في الحي ويرد وحده وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع فيهما فيرد الحي وقيمة الهالك وهذا الاختلاف بنا على ما قدمنا في المسئلة السابقة وهو ان قيام المعقود عليه شرط جريان التحالف بعد القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس بشرط وعند ابي يوسف يتحالفان ويترادان في القايم والقول قول المنكر مع يمينه في الهالك ولان امتناع جريان التحالف باعتبار الهلاك فيتقدر بقدر الهالك وانما يحلف المشتري عليهما جميعا لانه لو حلف على القايم وحده فقال والله ما اشتريته بخمسمائة بل يكون كاذبا لانه ما اشتراه بخمسمائة بل اشتراهما بالف وخمسمائة فصار القايم مشتري ببعض الثمن في ضمن شرايه اياهما لا انه اشترى القايم وحده بشي معين فاذا حلفا فسخ البيع ويرده على البايع ويدفع من الهالك ما اعترف انه حصته الهالك من الثمن وابو حنيفة يقول ان التحالف على خلاف القياس حال قيام المبيع وهو اسم لجميع اجزايه فلا يبقى المبيع بعد هلاك بعضه ولان التحالف في القايم على اعتبار حصته من الثمن ويستلزم القسمة على القيمة وهي مظنونة لاستنادها الى الحزر فتودي الى التحالف مع الجهل وانه غير جايز الا ان يرضى البايع ترك حصة الهالك لانه حينيذ يكون الثمن كله بمقابلة القايم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان قال ولو اشترى عبدا فباع نصفه ثم اختلفا فالقول للمشتري وبامر التحالف والفسخ في النصف ان رضي البايع وامره في النصف فيرد القايم وقيمة المبيع ان رضي والا فقيمتها

رجل اشترى عبدا وقبضه ثم باع نصفه من اخر ثم اختلف الاولان في الثمن لا يتحالفان عند ابي حنيفة بل القول قول المشتري مع يمينه وعند ابي يوسف يتحالفان ويفسخ البيع في النصف الباقي على ملكه ان رضي البايع به لانه عيب الشركة فلا يمكن رده عليه الا ان يرضى به فاذا رضي تحالفا ورد المشتري عليه هذا النصف ونصف ما اعترف به من الثمن وان ابى البايع ذلك لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري في الثمن وعند محمد يتحالفان ان رضي البايع بعود النصف اليه فيفسخ البيع ويرد المشتري اليه النصف القايم من العبد وقيمة النصف المبيع وان لم يرض لا يتحالفان ويفسخ البيع في العبد كله فيرد المشتري قيمة النصفين وهذه مبنية على ما سبقها قال او في الاجارة قبل استيفا المعقود عليه تحالفا وترادا اعني وقع الاختلاف في البدل او في المبدل وهذا لما بين البيع والاجارة من الشبه والتحالف في البيع قبل القبض جايز على وفاق القياس والاجارة نظير البيع قبل قبض المبيع والكلام في الاجارة قبل استيفا المعقود عليه وبدا اليمين المستاجر اذا وقع الاختلاف في الاجرة لانه هو المنكر لوجوبها وان وقع في المنفعة بدي بيمين الموجر وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الاخر وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاماها كانت بينة الموجر اولى بالقبول ان كان الاختلاف في الاجرة وبينة المستاجر ان كان الاختلاف في المنافع وان كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة دراهم والمستاجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة فيجعل بينة احدهما في الزمان وبينة الاخر في مقدار الاجرة قال او بعده كان القول للمستاجر ه اذا اختلفا في الاجارة بعد استيفا المعقود عليه لم يتحالفا والقول قول المستاجر اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فظاهر لان هلاك المعقود عليه مانع من التحالف واما على اصل محمد فلان الهلاك انما لا يمنع التحالف في البيع لما ان المبيع قيمة يقوم مقامه فيتحالفان على القيمة ولو جرى التحالف في الاجارة وفسخ العقد لم يبق قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بتقومها بالعقد وبالفسخ يظهر انه لا عقد واذا امتنع التحالف على الاصل كان القول قول المستاجر مع اليمين لانه هو المستحق عليه وان وقع الاختلاف بعد استيفا بعض المعقود عليه يتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فيصير كان ابتدا العقد في كل جزء من المنفعة بخلاف البيع لان العقد فيه ينعقد دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال او المولى والمكاتب في البدل فالتحالف سنة وقالا يتحالفان ويفسخ اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يتحالفان ويفسخ الكتابة لان الكتابة عقد معاوضة وهو يقبل الفسخ فكان كالبيع وهذا لان المولى يدعي بدلا زايدا والعبد ينكره والعبد يدعي على مولاه استحقاق العتق عند اداء

ما ادعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن وله ان بدل الكتابة مقابل بفك
الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهذا حاصل للعبد وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء
فقبل الاداء لا مقابلة فكان اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان
في متاع البيت فما يصلح للرجال كان له او للنساء فلها او لهما فهو له او ورثته احدهما مع الاخر فالصالح لهما
للباقي منهما وقالا لها جهاز مثلها وامر بصرفه اليه او الى ورثته ه اذا اختلف الزوجان
في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة اي القول قوله فيه انه له وما يصلح للنساء
كالوقاية والمقنعة فهو للمراة لان الظاهر شاهد له ولهما فيما يصلح له وفيما يصلح واما ما يكون صالحا للكل
واحد منهما كانية البيت فهو للرجل عند ابي حنيفة رحمه الله لان المراة في يده حكما فكان ما
في يدها في يده حكما فكان الظاهر شاهدا له والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص
بها لانه يعارضه ظاهر اقوى من هذا الظاهر ولا فرق في ذلك بين قيام النكاح وبين الفرقة ولو مات
احدهما واختلف الباقي وورثة الميت في المتاع فما يصلح لهما جميعا هو للباقي منهما لان اليد للحي
لا يد له وقال ابو يوسف يدفع الى المراة جهاز مثلها والباقي يصرف الى الزوج مع يمينه لان الظاهر
شاهد له بان المراة تاتي الى الزوج ومعها جهاز فيبطل هذا الظاهر الظاهر الاقوى ظاهر الزوج والباقي عمل
بجهزته مثلها لم يعارض ظاهر الزوج منه ظاهر اقوى منه فرجحت اعتباره والطلاق والموت سوا
لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد ما يكون صالحا لها فهو للرجل كما قال ابو حنيفة وللوارث
الرجل ان كان هو الميت لا للمراة لقيام الوارث مقام الرجل والطلاق والموت سوا لقيام الوارث
مقامه قال وفيما الحكم بقسمة بينهما ه قال زفر ما يصلح للرجال والنساء يكون مقسوما
بينهما بمنزلة عين في يد اثنين ادعياها قلنا انها في يد الزوج حكما فما يكون في يدها يكون في يده
فيكون الصالح لهما في يد الزوج فتكون المراة خارجة مدعية فالبينة بينة الخارج والقول قول ذي اليد
مع اليمين قال ولو كان احدهما مملوكا فهو للحر وقالا الاحكمهما كالحرين ه اذا اختصم الزوجان
واحدهما مأذون له او مكاتب والاخر حر فاختصما في متاع البيت فما يصلح لهما فهو للحر اي القول قوله
فيه انه له عند ابي حنيفة وقالا الاحكمهما واحدهما مأذون له او مكاتب حكمهما وهما حران لان المكاتب
والمأذون له في التجارة يد معتبرة الا ترى انه لو اختصم هو والحر في ثوب هو في يدهما قضي به
بينهما ولا يرجح يد الحر عليه كذا هاهنا وله ان يد الحر اقوى من يده لان ما في يد الحر له من كل
وجه وما هو في يد العبد ليس له من كل وجه بل للمولى وللغرماء من حيث المعنى واعتبار
اليد التي هي اقوى واما المساواة بينهما في التجارات والخصومات فالاصل فيما سوى ذلك الا
انهما جعلا سواء في ذلك دفعا للحرج عن معامليه ومتاع البيت ليس من التجارة في شيء فحرسناه على

الاصل ه وقد حققت موضع الخلاف بقولي وقالا حكمهما كالحرين لان ظاهر لفظ ابي حنيفة رحمه
الله وهو قوله زوجان مأذون وحر خصما في متاع البيت قد يتخيل منه للحر وقالا لهما يشعر
بان المتاع يكون مشتركا بينهما ومن المعلوم انهما اذا كانا حرين فان المراة لا تشارك الرجل فيما يختصه ولا
يصلح لهما فلو شاركت المأذونة زوجها الحر فيما يختصه لكان ذلك ترجيحا ليدها على يد الحر
لانه باطل ومراده بذلك ان حكم المأذون كحكم الحر عندهما فما كان الحكم ثمة فهو الحكم ههنا
صرحت به اظهارا للمراد وايضاحا لهذه الفائدة ه

فصل فيمن لا يكون خصما

قال واذا ادعى الخصم ان الغائب اودعه هذا الشيء او رهنه او غصبته منه او استاجرته
واقام بينة فليس بخصم ه اذا ادعى رجل على اخر عينا في يده فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه
فلان الغائب او رهنه عندي واستاجرته منه او غصبته منه واقام على ذلك بينة فلا خصومة
بينه وبين المدعي لان بينته اثبتت ان يده ليست يد خصومة حيث ثبت اثبات الملك للغائب
وقال ابن شبرمة هو خصم لانه لما تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه لم تندفع الخصومة
عن هذا الا ان اندفاعها بناء على ثبوت الملك للغائب قلنا مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك
للغائب ودفع خصومة المدعي فما صادفت البينة فيه خصما اثبت موجبها وما لم تصادف لم يثبت
والغائب لا خصم عنه فلم يثبت الملك له فلم يثبت والمدعي خصم في ذلك فثبت اندفاع خصومته وهذا
نظير الوكيل بنقل المراة او العبد والامة واقامتهم البينة على الطلاق والعتاق وصورتها
رجل وكل وكيلا بنقل امراته من مكان كذا اليه او بنقل عبده اليه او امته والعبد والامة في
بلد اخر فاقامت المراة البينة انها مطلقة ثلاثا واقام العبد والامة البينة انهما معتقان فان البينة
مقبولة في قصر يد الوكيل عن نقلهم لانه خصم فيها مقام الموكل في القبض فتقوم البينة على
خصم في قصر يده ولا يثبت بالبينة وقوع الطلاق والعتاق فينتظر لذلك قدوم الغائب
فتعاد اقامة البينة لثبوتها وهذا هو الاستحسان وان كان القياس ان يتمكن من نقلهم
لان البينة قد قامت على غير خصم فلا تعتبر وانما شرط في دفع الخصومة اقامة البينة لانه صار
خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول الحق المتوجه عليه فلا يصدق الا بحجة كما
اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره قال وان قال شهوده لا نعرف من اودعه
لم تندفع لاحتمال ان يكون المودع هو المدعي اذا لم يعرفوه ولانه لم يعين خصما يمكن المدعي ان
يدعي عليه لاستحالة الدعوى على مجهول فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي قال
او نعرفه بوجهه دون نسبه فهي مندفعة وخالفه ان كان معروفا فانها لا تندفع حتى يقيم البينة

على ان يده يد امانه فلو قال الشهود اودعه هذا الشي من لو رايناه عرفناه لكنا لا نعرفه باسمه
ونسبه اندفعت الخصومه عند ابي حنيفه لان الحاجه الى الاسم والنسب للحكم ولا حكم على
الغايب وانما تقبل هذه البينه في دفع خصومه هذا المدعي وتقريره فهو وخصمه معلومان حاضران
وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد معروفا بالاحتيال لا تقبل بينته لدفع الخصومه لجواز انه واضع
من يعينه على دفع الدعوى للمدعي فيسلمه اليه ثم يستودعه منه بحضرة الشهود ثم يغيب فلا يقبل
ذلك ممن يعرف بالحيل صيانه للحقوق عن التلف وقال محمد لا تندفع الخصومه مطلقا معروفا بالحيله
كان او غير معروف حتى يذكر الشهود اسمه ونسبه لان القضا للمجهول لا يصح قال وان قال
ابتعته منه كان خصما لانه لما اعترف ان يده يد ملك ثبت كونه خصما قال او ابتعته من فلان
وقال ذو اليد اودعنيه اندفعت بغير بينه ه اذا قال المدعي هذا الشي ابتعته من فلان وقال ذو اليد
اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومه بغير بينه لانهما اتفقا على ان اصل الملك في المدعى لغيرهما
فكون يد ذي اليد امانه لا يد خصومه الا ان يقيم المدعي البينه ان فلانا وكله بقبضه منه لانه اثبت
ببينته كونه هو الاحق بالامساك قال او سرق مني وقال ذو اليد اودعنيه فلان واقام بينه
كان خصما وحكم بسقوطها ه اذا قال المدعي هذا الشي سرق مني وقال ذو اليد بل هذا الشي اودعنيه
فلان واقام بينته على ذلك قال ابو حنيفه وابو يوسف لم تندفع الخصومه وهو الاستحسان والقياس
ما قال محمد ان الخصومه تندفع لانه ادعى الفعل غير مسمى الفاعل ولم يكن مدعيا للسرقه عليه
فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان الظاهر ان الفاعل هو ذو اليد وانما
ستره درا للحد عنه او اقامه لحسبه الستر فصار كما لو صرح به بخلاف قوله غصب مني لان الغصب
لا حد فيه فلكون حذف الفاعل حسبه او سفقه لدرء الحد فافترقا قال او ان العين التي في
يده كانت في يدي من امس فسلمها اليه ه رجل ادعى على اخر ان هذا الشي الذي في يدك
الان كان في يدي امس فمره القاضي بدفعه الي وان كان له فيه حق فبينته علي واقام البينه
على كونه في يده امس قال ابو يوسف يقضى بهذه البينه ويومر بالدفع اليه وقال ابو حنيفه ومحمد لا يقضى
بها لانه ان اليد حق مقصود كالملك فتقبل الشهاده بها على ما مضى كما لو قامت البينه انه كان في
يد فلان يوم مات وكما لو شهدوا على اقرار المدعى عليه ان اليد على هذا كانت للمدعي او شهدوا
بالاخذ من المدعي ولهما ان الشهاده قامت على يد منقطعه فلا تصح لانها شهاده بالمجهول لان
الايدي متنوعه الى يد ملك وعاريه ووديعه وغصب وغير ذلك وبعضها يوجب الاعاده
وبعضها لا يوجبها فلا تجب الاعاده بالشك بخلاف ما استشهد به اما الشهاده باليد عند الموت
فهي شهاده بالملك لانها اما ان كانت يد ملك او يد امانه فانها تصير يد غصب بالموت عن تجهيل

فتصير يد ملك بايجاب الضمان واما الشهاده على اقرار المدعى عليه لان الاقرار بالمجهول
فلا يصح واما البينه على الاخذ لانه يجب عليه نقض اخذه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى

فصل فيما يدعيه الرجلان

قال واذا تنازعا عينا في يد ثالث وبرهنا قضى بها بينهما ولا يقرع ه رجلان ادعى كل
واحد منهما ان العين التي في يد فلان ملكه واقام بينه على ذلك قضي بالعين بينهما وفي قول الشافعي
تهاترت البينتان وفي قول يقرع بينهما لاستحاله صدق البينتين جميعا لاستحاله ثبوت الملك في
كل العين لكل واحد منهما في حاله واحده وقد تعذر التمييز فتهاترتا او يصار الى القرعه لما
روي انه عليه السلام اقرع في مثله وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفه الطائي
ان رجلين اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقه واقام كل منهما بينه على دعواه فقضى
بها بينهما نصفين وما رواه من حديث القرعه كان في اول الاسلام ثم نسخ ولان المطلق لاداء الشهاده
في حق كل فريق من هولا الشهود محتمل الوجود لجواز اعتماد احدى البينتين على سبب الملك
والاخرى على اليد فصحت الشهادتان ونزع من يد ذي اليد لتصادق الشهاده من الفريقين على ان
يده عاديه ويجعل بين المدعيين لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال ولم يرجحوا بالعداله
اذا ادعى رجلان دارا في يد ثالث واقام كل منهما بينه عادله على دعواه تنزع من يد من هي في
يده ويقضى بها وقال مالك يرجح اعدل البينتين فيقضى بها لانهما تعارضتا وللعداله اثر في الترجيح
فيرجح به ولنا ان شهاده كل فريق حجه تامه موجبه على القاضي القضا بها عند الانفراد ها
فلا يجوز تعطيل احداهما عند الاجتماع واذا رجح احدهما بالعداله فقد عطل ما وجب قبوله وانه
لا يجوز قال ولا ترجيح بكثره الحجج ه يريد ان احدهما اذا اقام شاهدين والاخر اقام
اربعه شهود فهما سوا لان شهاده كل شاهدين عله تامه في حاله الانفراد والترجيح انما يقع
بقوه في العله لا بكثره فيها على ما عرف في الاصول قال وتقدم بينه الخارج على ذي
اليد في الملك المطلق ه رجلان تنازعا في الملك المطلق واحدهما خارج والاخر ذو اليد واقام
كل واحد منهما بينه على دعواه فبينه ذي اليد اولى بالعمل بها عند الشافعي رحمه الله
وعندنا لا تسمع بينته وبينه الخارج اولى بالعمل والقبول له ان البينتين تساوتا في الاثبات
لقيام كل منهما في محلها وهو الملك فكانت اليد مرجحه لبينه ذي اليد لكونها دليل الملك
فكانت بينته انشط ظهارا لاعتضادها باليد وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق
او الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينه الخارج اكثر اظهارا فكانت احق بالقبول وهذا لان
الملك لذي اليد ظاهر من وجه باعتبار دلاله اليد وظهوره من وجه يغني عن بينه ذي

اليد مطهرة له من ذلك لوجه لا استحالة اظهار الظاهر وبينة الخارج مظهرة من كل
وجه فكانت اكثر اظهارا فكان ملك الخارج هو الظاهر دون ملك ذي اليد لاختصاص بينة الخارج
مزيدا لاظهار فكانت غلبة الظن بثبوت موجبها فوق غلبة الظن بثبوت موجب بينة ذي اليد
والترجيح باليد غير سديد لجواز ان يكون شهادة شاهديه بناء عليها بخلاف النتاج لان اليد لا تدل
عليه وكذا لا تدل اليد على الاعتاق والاستيلاد والتدبير والولاء الثابت بها فامكن الترجيح بهذه
الاسباب ـــــ ولو ادعى احد ثلاثة في يدهم دارا كلها والاخر ثلثيها والاخر نصفها وبرهنوا
فهي مقسومة بالمنازعة اربعة وعشرين للاول خمسة عشر وللثاني ستة وللثالث ثلثة وقالا بالعول
مائة وثمانين للاول مائة وثلثة وللثاني خمسون وللثالث سبعة وعشرون ه زيد وبشر وبكر
في ايديهم دار ادعى زيد ان كلها له وادعى بشر ان ثلثيها له وادعى بكر ان نصفها له واقاموا البينة على
ذلك قال ابو حنيفة رضي الله عنه تقسم الدار بينهم بطريق المنازعة على اربعة وعشرين سهما لزيد
خمسة اثمان الدار وهي خمسة عشر سهما ولبشر ربعها وهي ستة اسهم ولبكر ثمنها وهي ثلثة اسهم لان
زيدا يقول لي الكل وفي يدي الثلث والثلثان في يدي صاحبي لانها اذا كانت في ايديهم كان في يد
كل منهم الثلث شرعا وبشر يقول لي الثلثان وفي يدي ثلث والثلث الاخر في يدي صاحبي وبكر
يقول لي النصف وفي يدي الثلث والسدس الباقي في يدي صاحبي ومعلوم ان بينة كل منهم على
ما في يده غير مقبولة لكونه ذا اليد وان بينة الخارج اولى في الملك المطلق ولما كان في يد كل منهم
ثلثها جعلنا الدار على ثلثة اسهم وقلنا ان زيدا وبشرا اثبتا بالبينة على بكر ما ادعياه لانهما
خارجان وبكر صاحب يد في ثلثه وزيد يدعيه كله له وبشر يدعي نصفه فسلم لزيد نصف ما في
يد بكر وتنازعا النصف الاخر فانقسم ارباعا ثلثة ارباعه لزيد وربعه لبشر فصار اربعة في
ثلثة فكان الحاصل اثني عشر فجعلنا سهام الدار اثني عشر سهما في يد كل منهم اربعة اسهم
ثم ان زيدا وبكرا اثبتا ما ادعياه على بشر لانهما خارجان فانقسم ثلثه على ثمانية بين زيد
وبكر لان بكرا يقول لي نصف الدار وفي يدي ثلثها والسدس الباقي نصفه في يد زيد ونصفه
في يد بشر وزيد يقول لي كل ما بيد بشر فقد سلم لزيد ثلثة ارباع ما في يد بشر بغير نزاع وبقي الربع
متنازعا فيه بينهما وقد استوت منازعتهما فيه فانقسم نصفين فكان لزيد سبعة اثمان ما في يد
بشر ولبكر ثمنه ولما انقسم هذا الثلث على ثمانية انقسم الثلثان الباقيان كذلك فكانت
سهام الدار اربعة وعشرين سهما ولما اثبت بشر وبكر ما ادعياه على زيد صار ما في يده وهو
ثمانية اسهم اربعة اسهم لبشر وسهمان لبكر وبقي لزيد سهمان بلا نزاع فحصل لزيد خمسة
عشر سهما لانه سلم له مما في يد بكر ستة اسهم ومما في يد بشر سبعة اسهم ومجموعها خمسة

مما في يده سهمان وحصل له م

عشر وحصل لبشر ستة اسهم اربعة مما في يد زيد وسهمان مما في يد بكر وحصل لبكر ثلثة اسهم
سهمان مما في يد زيد وسهم مما في يد بشر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تقسم الدار
بينهم بطريق العول والمضاربة على مائة وثمانين سهما لزيد مائة وثلثة اسهم ولبشر خمسون
سهما ولبكر سبعة وعشرون سهما لان زيدا وبشرا اثبتا ما ادعياه على بكر انقسم ما في يده من الثلث
بينهما اثلاثا الثلثان لزيد والثلث لبشر لان ما اثبته زيد ضعف ما اثبته بشر لان زيدا يدعي كل
ما في يد بكر وبشر يدعي نصفه ولما اثبت زيد وبكر ما ادعياه على بشر انقسم الثلث الذي في
يده بينهما اخماسا اربعة اخماسه لزيد وخمسه لبكر لان ما اثبت بكر مثل ربع ما اثبت زيد وكل
شيء زيد عليه مثل ربعه كان خمس المجموع ولما اثبت بشر وبكر ما ادعياه على زيد انقسم ما في يد
زيد بينهما ارباعا ربعان لبشر وربع لبكر وبقي ربع لزيد فضربت الثلثة في خمسة فكانت
خمسة عشر ثم خمسة عشر في اربعة فكانت ستين ثم ستون في ثلثة فكانت مائة وثمانين فيقسم كل
ثلث وهو ستون بينهم فيقسم الستون التي في يد بكر بين زيد وبشر اثلاثا اربعون لزيد وعشرون
لبشر وتقسم الستون التي في يد بشر بين زيد وبكر اخماسا ثمانية واربعون لزيد واثنا عشر
لبكر وتقسم الستون التي في يد زيد بينهم ارباعا لبشر ثلثون ولبكر خمسة عشر ولزيد خمسة
عشر فحصل لزيد مرة اربعون ومرة ثمانية واربعون وسلم له مما في يده خمسة عشر فالمجموع مائة وثلثة
اسهم وحصل لبشر مرة عشرون واخرى ثلثون فالحاصل له خمسون وحصل لبكر مرة اثنا
عشر ومرة خمسة عشر فالحاصل له سبعة وعشرون لهما ان الاصل في جنس هذه المسائل
ان تقسم بالمنازعة ولذلك حلف ابن عباس رضي الله عنهما ان الله تعالى لم يخلق في مال واحد
نصفين وثلثا ولا ثلثين ونصفا لما تبدل رايه من العول الى النزاع في قسمة الميراث الا ان
الصحابة اجمعوا على القسمة بطريق العول في الميراث وفي قضاء الديون التي على الميت وتركته
لا تفي بديونهم واجماعهم حجة فوجب العدول عن القسمة بطريق المنازعة الى العول فيها
وفيما اشبهها تحرزا عن مخالفتهم ومسالتنا شبيهة بذلك لان حقوق هؤلاء في الدار
ظهرت معا على سبيل الشيوع عند قضاء القاضي وتضايقت عنها فالحقت بالحقوق الثابتة
في الذمم والحقوق المتعلقة بالمال المتضايق عنها معا على سبيل الشيوع كحقوق الغرماء
واصحاب الفرائض لان حق كل منهم ثابت من جميع الوجوه لعدم التنافي في اسبابها كما لا
تنافي في اسباب حقوق الغرماء وهذا خلاف ما اذا باع فضولي رجلا دارا لزيد بثمن معين
وباع فضولي اخر رجلا اخر نصف هذه الدار بثمن معين وعلم زيد بهما لان حقهما ثبت على فاجازهما
سبيل التمييز لانفصال سبب حق الاول عن سبب حق الثاني فلم يمكن الحاقها بحقوق

الغرماء وبحن بنا في هذه المسألة على القسمة بالنزاع وفي مسألتنا على العول وله ان القسمة بالمنازعة هي الاصل فلا يعدل عنها الا فيما انعقد الاجماع عليه وما اشبهه ومسألتنا شبيهة بمسألة الفضوليين وهذا لان حقوق الغرماء ثابتة في الذمة باسبابها ولا تضايق في الذمة ولا تنافي بين الاسباب لكن المحل الذي تعلقت به الحقوق الثابتة في الذمة لا يفي بالكل وحقوق اصحاب الفرائض وان لم تكن ثابتة في الذمة لكنها ثابتة على الشيوع لعدم اضافة اسبابها الى اشيا معينة فكانت في معنى الحقوق الثابتة في الذمة اذا تعلقت بالمال المتضايق عنها لعدم التنافي بين اسبابها وكل واحد منهم يدعي شيئا معينا بخلاف مسألتنا لان زيدا يدعي شيئا معينا وهو جميع الدار وانه معين فصارت هذه المسألة كمسألة الفضوليين فان مدعي الكل يدعي شيئا معينا وسبب حقه وهو شرا كل الدار مضاف الى شيء معين وهو كل الدار واذا كان حق احدهم مضافا الى كل الدار يعلم قطعا ان حق كل واحد ليس ثابتا في هذه العين لاستحالة ثبوت حق في بعض العين مع ثبوت حق الآخر في كلها من كل وجه لان كون كل العين لهذا من كل وجه مناف لثبوت حق لغيره فيه بوجه ما اما كون بعض العين لهذا لا ينافي ان يكون لغيره فيه حق وعلى هذا الاصل بنى ابو حنيفة قوله فجعل القسمة نزاعية في الوصية بجميع عبده او ماله لرجل وبنصفه لآخر وفي مسألة الفضوليين ومدعي بعض الدار ومدعي كلها وجعلها ضربية في الوصية بربع ماله لرجل وبثلثه لآخر وفي العبد المأذون باع بمائة ولرجل عليه مائة ولآخر خمسون وفي الوصية بالمحاباة والعتق وفي الوصية بالف مرسلة والفين وفي الغرماء واصحاب الفرائض وهما بنيا على ما اصلا فجعلا القسمة نزاعية في دفع العبد بقتله انسانا بالخطأ وفقا عين آخر وفي عبد مأذون باع بمائة ولواحد عليه مائة ولآخر خمسون وفي المدبر بقتل انسانا بالخطأ واخر عمدا وبيع الفضوليين وجعلاها ضربية في الوصية بجميع عبده لرجل وبثلث ماله لآخر وفي المحاباة والعتق في المرض وفي الوصية بالف مرسلة وبالعتق لآخر والغرماء واصحاب الفرائض والدار يدعي كلها رجل وآخر نصفها قال ولو كانت في يد غيرهم فهي مقسومة على اثني عشر للاول سبعة وللثاني ثلثه وللثالث سهمان وثالثه عشر ستة واربعة وثلثه زيد وبشر وبكر ادعوا دارا في يد خالد وزيد يدعي كلها وبشر ثلثها وبكر نصفها قال ابو حنيفة رضي الله عنه تقسم بينهم على اثني عشر سهما بطريق المنازعة لزيد سبعة اسهم ولبشر ثلثه ولبكر سهمان وطريق ابي حنيفة انا نحتاج الى الحساب له ثلث ونصف واقله ستة فمدعي الثلث يدعي اربعة ومدعي النصف يدعي ثلثه فلا منازعة في سهمين منها المدعي الكل بقي اربعة ومدعي النصف لا يدعي الا ثلثه فخلا وجعلها مع

سهم عن منازعته وينازع فيه مدعي الكل والثلث فكان بينهما فانكسر فاضرب اثنين في ستة فكان اثني عشر فصاحب الثلثين لا يدعي اكثر من ثمانية فسلمت اربعة لمدعي الكل ومدعي النصف لا يدعي اكثر من ستة فسهمان لمدعي الكل والثلث لكل واحد سهم وبقيت ستة استووا في منازعتهم فيها فكان لكل منهم سهمان فقد اصاب صاحب الكل سبعة اسهم وذلك ثلثه اسداس ونصف سدس واصاب صاحب النصف سهمان وذلك السدس واصاب صاحب الثلثين ثلثة اسهم واما طريقة صاحبيه فصاحب الكل يضرب بالكل وهو ستة وصاحب الثلث بالثلثين وهو اربعة وصاحب النصف بالنصف وهو ثلثه فصار الكل ثلثه عشر سهما مقسومة بينهم كذلك قال او اصطلحا على شراء كلها والآخر على نصفها فله ثلثة الارباع وللآخر الآخر وقالا اثلاثا ه زيد وعمرو ادعيا دارا فاقام زيد البينة على انه اشترى كلها وعمرو البينة على انه اشترى نصفها فلمدعي الكل ثلثة ارباعها بطريق المنازعة عند ابي حنيفة ولمدعي النصف ربعها وعندهما لمدعي الكل ثلثاها ولمدعي النصف ثلثها لان مدعي الكل يضرب بكلها ومدعي النصف بنصفها بطريق العول والوجه من الطرفين ما مر قال ولو كانت في يدهما سلم للاول نصفها قضاء ونصفها بغيره لان صاحب الكل خارج في النصف فقضى ببينته والنصف الذي في يده سالم من دعوى صاحب النصف فيه اذ لم ترد عليه دعواه لا ينزع من يده اذ الحكم يستلزم الدعوى فبقي في يده لا على وجه القضاء قال او كلا منهما على ان زيدا باع ملكه من صاحبه والثمن مختلف وبرهنا تقضي بها بينهما ملكا وحكم به وسع كل منهما نصفها بنصفه ه زيد كان في يده دار فادعى عمرو انها ملكه وان زيدا باعها من بكر بمائة دينار فقال بكر كل هي ملكي في يد زيد وقد باعها من عمرو بالف درهم واقام كل منهما البينة على ذلك قال ابو يوسف رحمه الله تقضي بالدار بينهما ملكا ولا تقضي بالبيع لانهما استويا في دعوى الملك والبينة عليه فتهاترتا على البيع للتعارض وقال محمد تقضي بالدار بينهما وكل منهما يبيع نصف الدار بنصف الثمن الذي قامت عليه بينته لان العمل بالبينات واجب مع الامكان وفي الحاكم ممكن فيحقق العمل ببينة كل واحد منهما في حق النصف فكان من احدا زيها قال او اثنان نكاح امراة لم تقض بواحدة من البينتين ويرجع الى تصديقها ه اما الاول فلتعذر العمل بالبينتين جميعا لعدم قبول المحل للاشتراك ولا وجه لترجيح احدهما على الاخرى واما الثاني فلان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا انما اذا كانت البينتان مطلقتين عن الوقت فان وقتا كانت العمل بالاسبق منهما تاريخا وان ادرك هي لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما فان اقام الآخر بينة قضي بها لرجحان البينة على الاقرار ولو تفرد

احدهما بالدعوى والمراة تجحد واقام البينة وقضى بها ثم ادعى اخر واقام بينة على مثل ذلك لا يحكم
بها لان القضا بالبينة الاولى صحيح فلا ينقض بما هو دونه لعدم اتصال القضا بالثانية الا ان يكون
الثانية ارخت تاريخا اسبق من الاولى المحكوم بها لانه ظهر الخطا في الاولى بيقين وكذا اذا كانت
المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يحكم ببينة الخارج الا على وجه السبق قال
او كل منهما انه اشترى هذا العبد من اخر فهما بخير كل منهما فان شا اخذ نصفه بنصف الثمن
وان شا ترك ه وهذا لان القاضي يقضي به بينهما نصفين لاستوايهما في سبب الاستحقاق فصار كالفضوليين
مع كل منفردا ان زيد وتخير المالك ليعين فانه يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط
عقده ه ولعل غرضه ان يكون رغبته في ملك الكل ورده وياخذ كل الثمن قال فان قضى به بينهما
فقال احدهما لا اختار لم ياخذ الاخر جميعه ه لان القاضي لما قضى به بينهما فقد قضى عليه بالنصف
فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة او لانه الاخر بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي
حيث يسوغ له اخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه قال فان وقت احدهما
قدم ه اذا ارخت احدى البينتين ولم تورخ الاخرى قدم صاحب التاريخ لانه ثبت ملكه
في ذلك الوقت المعين والاخرى تحتمل ثبوت الملك له قبل ذلك الوقت وبعده فلا يقضى له بالشك
قال او وقتا قدم الاسبق ه اذا ذكر كل واحد منهما تاريخا قدم اسبق التاريخين وحكم
له به لانه اثبت ملكه في المدعى في زمان لا منازع له فيه فاندفع بها الاخر قال
او لا ومع احدهما قبض قدم ه اذا لم يذكرا تاريخا لكن العبد في يد احدهما وهو المراد بالقبض
قدم صاحب اليد لان تمكنه من القبض دليل سبق الشراء ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض
يده الثابتة بالشك قال او احدهما شرا والاخر هبة وقبضا ولم يوقتا قدم الشرا
اي اذا ادعى احدهما انه اشترى هذه العين من زيد وادعى الاخر انه وهبه اياه وقبضه منه واقاما
بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى لانه اقوى باعتبار انه معاوضة من الجانبين ولان الشرا
يثبت الملك بنفسه والهبة بواسطة القبض وحكم الصدقة مع القبض والشرا حكم
الهبة مع الشرا ولو ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سوا حتى يقضى به بينهما
لاستوايهما في التبرع ولا ترجيح باللزوم لان ذلك راجع الى المال والترجيح يجب ان يكون لمعنى موجود في
الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح واختلف فيما يحتمل القسمة فعند البعض يصح لان الشيوع
طارئ وعند البعض لا يصح لانه لا تفيد الهبة في الشايع بايديهما وصار كاقامة البينتين
على الارتهان وهذا اصح قال او احدهما شرا وامراته انه مهرها وبرهنا حكم
به بينهما ولها نصف القيمة وتقدم الشرا او حكم لها لكمالها رجل ادعى انه اشترى من

هذا الشي الذي هو في يده فاقام بينة على ذلك وادعت امراة ان زيدا تزوجها على ذلك الشي
واقامت البينة على ذلك قال ابو يوسف يقضى به بينهما فلها نصفه وله نصفه ويتمم
لها صداقها بنصف القيمة مع نصف العين لتساويهما في القوة فان كلا منهما عقد معاوضة
يثبت الملك بنفسه وقال محمد بينة المشتري اولى ويقضى له بالمدعى ويقضى للمراة بالقيمة كاملة لان
العمل بالحجج واجب بقدر الامكان وقد امكن بتقديم الشرا اولا بينته وامكن الحاكم بقيمة المدعى
للمراة لان التزوج على مملوك الغير صحيح فكان هذا عملا بالحجتين ولو سوينا بينهما كان تركا
للعمل بهما في النصف فكان تقديم الشرا اولى قال او رهنا وقبضا والاخر هبة
وقبضا وبرهنا قدم الرهن وهذا استحسان والقياس ان يكون الهبة اولى لان الهبة عقد
يوجب الملك والرهن لا يوجبه ووجه الاستحسان ان المقبوض بعقد الرهن مضمون وبحكم
الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى فيكون اولى وهذا بخلاف الهبة المشروطة بالعوض
لان الهبة بشرط العوض بيع في الانتها والبيع اقوى من الرهن لان البيع عقد ضمان يوجب الملك صورة
ومعنى والرهن لا يثبت الملك الا عند هلاكه معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض قال
وان برهن الخارجان على الملك والتاريخ قدم اسبقهما اذا ادعيا ملكا في يد اخر واقاما
البينة ووقتا فصاحب التاريخ الاسبق اولى لان البينة تثبت انه اولهما ملكا ومن ضرورة
ذلك ان لا يتلقى الثاني الملك الا من قبله ولم يتلقه منه قال وان ادعيا الشرا من واحد
واقام البينة على تاريخين قدم اسبقهما ه وهذا لما تقدم ان صاحب التاريخ الاسبق يثبت ملكه
في وقت لا منازع له فيه قال او كل منهما على الشرا من اخر وذكر تاريخا كانا
سوا لانهما يثبتان الملك لبايعهما فصار كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
كما مر انفا ولو كانت احدى البينتين وقتت ولم توقت الاخرى قضى به بينهما نصفين
لان هذا التوقيت لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون ملك البايع الاخر اقدم بخلاف المسئلة
التي تقدمت عنه وهي كون البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا
اثبت احدهما تاريخا حكم به حتى يتبين انه تقدمه شرا غيره ولو ادعى احدهما الشرا
من رجل والثاني الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من اخر واقاموا البينة قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من ملقيهم
فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال او الخارج على ملك مورخ
وذو اليد على ملك اقدم كان اولى ه اذا ادعى خارج على ذي اليد ان الملك الذي في يده
له واقام البينة على ذلك واقام ذو اليد بينة على ان الملك له واقام بينة وتاريخه اقدم كان ذو اليد

اولى به وهذا المذكور هو قول ابي حنيفة وابي يوسف ورواية عن محمد وعن محمد انه
رجع عن ذلك ورجح الخارج بناء على ان البينة قامت على مطلق الملك من جهته فكان التقدم
والتاخر فيه سواء ووجه قولهما ان البينة مع التاريخ تتضمن دفع دعوى الخارج فان الملك
اذا ثبت لواحد في وقت بعينه تعذر ذلك الوقت لغيره بعد ذلك لشخص يستلزم التلقي منه وبينة ذي اليد
على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف اذا كان المدعى في ايديهما قال او كل منهما على النتاج قدم
ذو اليد ه اذا اقام الخارج وذو اليد كل منهما بينة على النتاج فذو اليد اولى لان بينته قامت
على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد فيقضى بها وهذا هو الصحيح خلافا لما ذهب
اليه عيسى بن ابان من ان البينتين تهاترتا ويترك في يد ذي اليد بغير قضاء ولو كان كل منهما
قد تلقى الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فذلك بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه
قال او احدهما على الملك والاخر على النتاج قدم هذا اذا اقام احدهما بينة على الملك
والاخر بينة على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينة صاحب النتاج تثبت اولية
الملك له فلا يثبت للاخر الا بطريق التلقي من جهته ولو كانت الدعوى بين خارجين فاقام احدهما
بينة على النتاج قدم لما قلنا فلو قضي بالنتاج لذي اليد فاقام ثالث البينة على النتاج قضي له
الا ان يعيد ذو اليد البينة لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بالقضا وللاول ما عنت له الدعوى
وكذلك المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج قبلت بينته وينقض القضا لان
هذا بمنزلة النص قال او على نسج لا يعاد او سبب في الملك لا يتكرر قدم اذا اقام
على النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن قدمت البينة وكذلك كل سبب
في الملك لا يتكرر لان ذلك في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف
واما اذا كان يتكرر قضي به للخارج كالملك المطلق وذلك مثل الخز والبنا والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب فان اشكل الحال في تعرف ذلك اعتمد في كشفه على اهل الخبرة فان اشكل على اهل
الخبرة ايضا قضي به للخارج لان القضا ببينة الخارج هو الاصل والعدول عنه الى بينة ذي اليد
بخبر النتاج فاذا لم تعلم رجع الى ما هو الاصل قال او كل منهما على النتاج عنده ووقتا
وسن الدابة يوافق احد الوقتين حكم به فان اشكل كانت بينهما او خالفهما بطلتا رجلان
ادعى كل منهما ان هذه الدابة نتجت عنده واقام بذلك بينة وذكرا تاريخا فلا يخلو اما
ان يوافق سن الدابة احد التاريخين او يخالفهما او لا يعلم الحال فان وافق احد التاريخين فهو
اولى بشهادة الحال له فيرجح بينته وان اشكل ذلك فلم تعلم الحال فيه كانت بينهما لانه
سقط التوقيت فصار كما اذا لم يذكرا تاريخا واما اذا خالف سن الدابة كل واحد من التاريخين

قال الحاكم الشهيد بطلت البينتان ويترك في يد من هو في يده لظهور كذب
الفريقين في شهادتهما وهذه من الزوائد قال او الخارج على الملك المطلق وذو اليد
على الشرا منه قدم الشرا لان بينة الخارج وان كانت تثبت اولية الملك له لكن بينة ذي اليد
تثبت التلقي منه وصار في حق البينتين حينئذ كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشرا منه
قال او كل منهما على الشرا من صاحبه ولم يوقتا تهاترتا وترجح ذا اليد برهنا على
القبض والا فالخارج ه اذا ادعى الخارج على ذي اليد انه اشترى منه هذه الدار
التي في يده بكذا من الثمن واقام بينة على ذلك واقام ذو اليد بينة انه اشترى من الخارج تلك
الدار بكذا من الثمن قال ابو حنيفة وابو يوسف تهاترت البينتان فيجعل الدار في يد من
هي في يده ثم قال محمد رحمه الله ان لم يذكروا قبضا ولم يقم البينة عليه حكم بها للخارج
وان ذكراه حكم لذي اليد لان العمل بهما واجب ما امكن وذلك ممكن ووجهه ان يجعل عند
انتفاء ذكر القبض كان صاحب اليد اشتراها من الخارج من الخارج اولا ولم يقبض ثم باعها
اياه فيجب عليه تسليمها اليه فيؤمر بذلك وهذا اولى من ان يجعل كان الخارج اشتراها اولا
من ذي اليد ولم يقبض ثم باعها من ذي اليد لان قبض الخارج غير ثابت عيانا ولا بينة فكان منفيا
بالاصل وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واما اذا قامت بينة كل منهما على الشرا
مع القبض فيقضى بالعقدين ويجعل القبض المعاين اخر القبضين فيجعل كان الخارج اشتراها اولا
وقبض ثم باعها من ذي اليد وسلمها اليه وهذا اولى من ان يجعل كان ذا اليد اشتراها اولا وقبض
ثم باعها الخارج وسلم اليه ثم استولى على الدار قوم من تسليمها الى الخارج ضرورة الاستناد
هنا الى نقض القبض المشاهد بغير دليل فلذلك يجعل كان الخارج اشتراها اولا ثم باعها من ذي
اليد مقضي بها لذي اليد لاستحقاقه ذلك بالبينة ولهما ان الاقدام على الشرا اقرار منه
بالملك للبائع فصار كانه قامت البينتان على الاقرارين وفي ذلك التهاتر بالاجماع فكذا ههنا
قال وان ادعيا عينا في يد اخر ميراثا او ملكا مطلقا وارخا فهو لاسبقهما وتاريخ
احدهما يلغى ويحكم له في قوله الاخر والغى التاريخ في الارث مطلقا وحكم لاسبقهما
في الملك وللساكت عنه وان كان في يد احدهما العين مطلقا وروي عن الامام في رواية قال
ابو حنيفة رضي الله عنه اذا ادعى رجلان عينا ملكا مطلقا كل واحد منهما انه ملك مطلق
له او ارث من ابيه واقاما البينة على ذلك فان ذكرا تاريخا واحدا لنا تاريخين اسبق حكم
للاسبق منهما لانه قد اثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع له فيه وان ارخ احدهما دون
الاخر فلا اعتبار بتاريخه لجواز ان يكون تاريخ الاخر اسبق منه وكان ابو يوسف رحمه الله يقول

اولا لا عبرة بالتاريخ اصلا استويا ارخا او ارخ احدهما دون الاخر ثم رجع عن ذلك فقال
اذا ارخا قضي به للاسبق منهما لما قلنا لابي حنيفة وان ارخ احدهما حكم له به فالخلاف
في تاريخ احدهما اما اذا ارخا جميعا فهو للاسبق منهما عنده في قوله المرجوع اليه كما هو مذهب
الامام ووجه الحكم للمنفرد بالتاريخ انه ثبت ملك نفسه من حين تاريخه الذي لم يؤرخ
ثبت ملكه للحال يقينا وفي ثبوته في الوقت الذي عينه صاحبه شك فلا يعارضه وروى
ابو حفص عن محمد رحمه الله انه قال مثل قول ابي حنيفة في الميراث والملك المطلق جميعا
وقد تقدم وجهه وروى ابو سليمان عنه انه قال في دعوى الميراث لا عبرة لتاريخهما ولا لتا رخ
احدهما ويجعل كانهما اطلقا لانهما لا يدعيان الملك لانفسهما بل يدعيانه لمورثهما ثم ينقلانه
الى انفسهما ولا تاريخ في ملك المورث فاستويا في ذلك فاما في دعوى الملك المطلق فان ارخا
فهو لاسبقهما تاريخا كما مر في قول ابي حنيفة وابي يوسف وان ارخ احدهما فان كانت العين المدعى
في يد ثالث قضي للساكت عن التاريخ لان المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ والمطلق يثبت الملك من الاصل
ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض ويستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق منهما اسبق تاريخا
فيقضى له وان كانت العين في يدهما او يد احدهما فلا عبرة لتاريخ احدهما لان المطلق ان كان
ذا اليد لم تقبل بينته لان يده تدل على الملك المطلق فكانت بينة الخارج هي المقبولة وان كان
هو المؤرخ فهو يحتاج الى الملك المؤرخ لان يده لا تدل عليه فيجب قبول بينته على الخارج ويجب
قبول بينة الخارج الا ان الخارج اولى لانه لا يثبت تاريخا وان كانت العين في يدهما فالذي لم
يؤرخ لا تقبل بينته لان يده تدل عليه فيعتبر بينته والمؤرخ يجب قبول بينته لان يده لا تدل
على التاريخ الا انه لا يمكن قبولها لان الاخر اسبق تاريخا فصار كما لو لم يقيما بينة فيقضى بينهما
بينهما ويستويان في اليد قال ولو تنازعا دابة او قميصا احدهما راكبها او لابسه كان اولى
ممن تعلق بلجامها او كمه لان الركوب واللبس اظهر تصرفا فكان ادل على الملك ولو كان احدهما
راكبا في السرج والاخر رديفا له فالراكب اولى ولو تساويا في الركوب كانت بينهما لاستوائهما
في التصرف وكذلك لو كان المتنازع بعيرا ولاحدهما عليه حمل كان هو الاولى لظهور التصرف بالملك
قال او حايطا او خصا والوجه او القمط الى احدهما فهو بينهما وقالا لمن اليه الوجه
والقمط اذا تنازع رجلان في حايط ووجهه الى احدهما او تنازعا في خص وقمطه الى
احدهما ولا بينة لهما فالحايط والخص بينهما عند ابي حنيفة وقالا هو اي الحايط او الخص
لمن الوجه والقمط اليه والقمط بكسر القاف ما يشد به الاخصاص ومنه معاقد القمط لهما
ان الظاهر يشهد له فيكون القول قوله كالاتصال بالتربيع بان يكون طرف الحايط المتنازع فيه

متداخلا في طرف الحايط المملوك من اسفله الى اعلاه وله انهما تساويا في اليد
والدعوى ولا ترجيح بالقمط لانه يحتمل انه للحاجز وكذلك تحسين وجه الحايط لانه مرأى
العين فلا يصلح ذلك مرجحا قال وكل من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه الا
باذن الاخر واجازاه وان لم يضر به ☉ اذا كان علو لرجل وسفله لاخر فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا او يدخل فيه جذعا او يثقب كوة بدون اذن صاحب العلو وكذلك صاحب
العلو لا يبني عليه كنيفا ولا يضع جذعا بدون اذن صاحب السفل وقالا له ذلك اذا لم يكن ضرر
ظاهر لانه تصرف في ملكه ولا ضرر فيه على غيره وله ان ملكه قد تعلق به حق غيره وليس
للمالك ان يتصرف في ملكه اذا كان فيه حق غيره بدون اذنه كالراهن لا يتصرف الا باذن المرتهن
وعلل في كتاب الحيطان لابي حنيفة ان المستحق على صاحب السفل حمل شيء بعينه لصاحب العلو
فلا يجوز الزيادة على ذلك كمن استاجر حملا ليحمل عليه الفا لا يجوز ان يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا
وعلل لهما ان ما لا يتمانع في العادة ولا يبين ضرره يجوز كالسطيحة والعصا مع الراكب على الحمار قال
وكان ابو بكر الخوارزمي يفتي في المسئلتين بقول ابي يوسف ومحمد وكذلك الخلاف في البيت يكون سفله
لرجل وعلوه لاخر فعنده لا يجوز لصاحب السفل ان يهدم سفله وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه
وعنده خلافا لهما

فصل

قال واذا كانت تركة في يد رجل فجاء احد
الزوجين فصدقه ذو اليد بامره باعطاء اقل النصيبين لا اكثرهما ☉ رجل في يده مال يزعم انه تركة
فلان فجاء احد الزوجين يطلب نصيبه من التركة فاعترف ذو اليد بالزوجية وصدقه على ذلك فان
كان المدعي هو الزوج فيعطيه الربع وان كان هو الزوجة فيعطيها الثمن عند ابي يوسف وقال محمد يعطى
الزوج النصف والزوجة الربع وان كان هو الزوجة فيعطيها الثمن عند ابي يوسف وقال محمد يعطى
الزوج النصف والزوجة الربع لان سبب الاستحقاق ظاهر بتصادقهما والمزاحم منتف فوجب الكامل
النصيب وصار كما لو ثبت بالبينة ولم يظهر وارث وقال الشهود لا نعلم له وارثا اخر ولابي يوسف
ان اقل النصيبين هو المتيقن والزايد عليه مشكوك فيه فيعطى ما هو المتيقن به قال
ولا يشترط جر الميراث ☉ رجل ادعى هذه الدار انها ملكه فشهد شاهداه ان هذه الدار
كانت لابيه او لجده وهذا ابنه لا وارث له قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا بد ان يدعي او ابن ابنه م
جر الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له وقال ابو يوسف يثبت ولا حاجة الى جر الميراث
لانهما اثبتا انها كانت لابيه او لجده واثبتا ان المدعي وارثه واثبتا سبب زوال الملك
عن المورث وهو الموت فينتقل الى الوارث ضرورة فقد شهدا له بالملك ولهما
ان موافقة الشهادة الدعوى شرط ثبوتها ولا موافقة فان المدعي يدعي الدار ملكا لنفسه

وهما يشهدان بالملك لغيره وليس ملك الوارث عين ملك المورث لان ملك المورث يتجدد في
العين ولهذا فان التركة لو كانت صدقة حل للوارث الغني تناولها ولو لا تجدد ملكه
لما جاز فكانه ملك الوارث ملكا جديدا فلا بد من اثباته له لتوافق الشهادة الدعوى وذلك
باثبات الانتقال اليه بان يشهدا انه مات وتركها ميراثا له او يشهدا بانها كانت ملك
مورثه عند موته ليتحقق الانتقال او يشهدا بما هو دليل الملك وهو اليد عند الموت قال
والمدعي انه ابن هذا الميت اذا لم يقل شهوده لا نعلم له وارثا غيره لا يؤخذ منه كفيلا اه ا
ادعى رجل انه ابن هذا الميت وانه وارثه واقام بينة على ذلك فقال شهوده نشهد انه ابن هذا
الميت وانه وارثه ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره حتى يلزم القاضي زمانا فلم يظهر له وارث
اخر يدفع المال اليه لا يأخذ منه كفيلا عند ابي حنيفة وقالا يأخذ منه كفيلا احتياطا فقد يكون
له وارث اخر يحضر فيتيسر احضاره في مجلس القضا او انشطه مطالبة الكفيل به ففي ذلك نظر
للغائب ان كان وله ان هذا شيء احتاط به القضاة وانه ظلم لانه قد لا يجد من يكفل عنه
او يجد الا انه يتاخر وجوده فيكون فيه منع حقه مع توجهه او تاخيره لامر موهوم وانه لا
يجوز قال ولو برهن على ان هذه الدار ميراث له ولاخيه الغائب لا وارث له غيرهما
فالقاضي يحكم له بحصته ويترك حصة الغائب مع ذي اليد وقالا ان انكر وضعت الحصة
في يد عدل ف رجل ادعى ان هذه الدار التي في يد زيد تركة له ولاخيه الغائب واقام البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا منه ومن اخيه الغائب ولا وارث له غيرهما قال ابو حنيفة
رضي الله عنه يقضى له بحصته ويترك نصيب اخيه في يد ذي اليد في يده وقالا ان كان ذو اليد
منكرا اخرج نصيب الغائب من يده ووضع في يد عدل قيل الاختلاف في جواز القضاء على
نصفها للغائب بعد ما يقضي له وعنده لا يقضي وقيل الاختلاف في نزع حصته من يد ذي
اليد والزمنها لهما على القول الاول ان الواحد يصلح خصما عن المورث في اثبات حقه
للميت ثم ينتقل منه الى الورثة فاذا جاز القضاء وجب النزع من يده خوفا عن انكاره وله
ان الوارث خصم عن الميت لا عن غيره من الورثة فلا يملك اثبات الملك لمن غاب عنهم ولهما
على القول الثاني انه لو ترك نصيب الغائب في يد ذي اليد تخشى ان يعزل هذا القاضي
او يموت ويحضر الغائب وينكر ذو اليد فيتعسر عليه اثباته فالنظر للغائب في انتزاع نصيبه
من يده ووضعه في يد عدل وله ان الغائب قد يكون راضيا بكون نصيبه في يد ذي اليد
فلا ينزع بالشك والعقار لا يخاف عليه التوى لانه محفوظ بنفسه ف

فصل في دعوى النسب

قال ولو ادعى ولد جارية باعها وقد اتت به لاقل من ستة اشهر من حين البيع
ثبت منه وكانت ام ولده وفسخ البيع ورد الثمن ف رجل باع جاريته فجاءت بولد فادعاه
البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باعها فالولد ولده والجارية ام ولد له
وينفسخ البيع ويرد الثمن وهذا المذكور هو الاستحسان والقياس وهو قول زفر ان هذه الدعوى
باطلة لان اقدامه على البيع اعتراف بان المبيع على العبودية فكان في دعواه متناقضا واذا لم
يصح الدعوى لا يثبت النسب لانه مبني عليه ووجه الاستحسان ان الظاهر عدم الزنا
فاتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة بكون الولد منه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى عن هذا
التناقض فيه ومتى صحت الدعوى يستند الى وقت العلوق فيتبين انه قد باع ام ولده فيفسخ
البيع لانه لا يجوز بيعها ويرد الثمن لانه مقبوض بغير حق قال ويقدم على دعوى المشتري
اذا ادعاه المشتري مع دعوى البائع او بعد دعواه فدعوى البائع اولى لانها اسبق لانها تستند
الى وقت العلوق ودعوى المشتري استيلاد وهي متاخرة عن دعوى البائع فيقدم الاقدم
قال وان اتت به لاكثر من سنتين من حين باع لم تصح دعواه فان صدقه المشتري ثبت
ولا ينفسخ البيع ف الجارية المبيعة اذا اتت بولد لاكثر من سنتين من يوم باعها مولاها فادعى
الولد لا يصح لعدم اتصال العلوق بملكه يقينا واتصال العلوق هو الشاهد الظاهر فان صدقه
المشتري في دعواه ثبت نسب الولد منه وحمل على ان البائع استولد الجارية بالنكاح ولا يبطل
البيع لتيقننا ان العلوق لم يصادف ملكه فلم يثبت حقيقة العتق وهذه دعوى تحرير والمالك
غيره فلم يعتبر ولو اتت به لاكثر من ستة اشهر من يوم باع لاقل من سنتين لم تصح دعوى البائع
فيه الا ان يصدقه المشتري لاحتمال ان يكون العلوق في ملكه فلم يتحقق الحجة فلا بد من التصديق
ثم اذا صدقه المشتري ثبت النسب ويبطل البيع والولد حر وامه ام ولد له كما في المسئلة الاولى
لتصادقهما مع احتمال ان يكون العلوق في ملكه قال وان ادعاه بعد موته وقد اتت به
لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد ف معناه في الام لانها تابعة للولد والولد
لم يثبت نسبه بعد موته لعدم حاجته الى ذلك بعد الموت والبيع انما ينتقض حكما بعد ثبوت
حكم الاصل قال او بعد موتها او عتقها ثبت منه واخذه وعليه رد كل الثمن
وقالا رد حصته ف اذا ادعى البائع ولد الجارية المبيعة بعد موتها او عتقها وقد
اتت به لاقل من ستة اشهر ولم يصرح في المتن بهذا القيد اكتفاء به في سابقتها والمسئلة
واحدة ولدلالة ما سبق من المسائل على ثبوت النسب وبطلان البيع مبني على شهادة
الظاهر حصول العلوق في الملك وذلك مستلزم لكون المدة اقل من ستة اشهر وتاخره

البايع لانه ولده وهذا لان لو للاصل في النسب فلا تضره موت امه وهي مبيع وانما كان
الولد اصلا لان الام تضاف اليه فيقال ام الولد وحريتها مستفادة من جهته الولد
قال عليه السلام اعتقها ولدها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقة والادنى
تابع للاعلى ثم الواجب رد كل الثمن عند ابي حنيفة وعندهما رد حصة الولد لا حصة الام
وهذا الخلاف ينبني على تقوم ام الولد فلما لم ينتقض البيع في الجارية لقيام المانع وهو
الموت او العتق من المشتري فيسلم له عندهما ما بازائها من الثمن وعنده لما لم تكن لها السعاية
تقوم لا تكون بازائها شي من الثمن فلا يسلم له شي من الثمن فيرد جميعه قال ولو باعها
المشتري فاستولدها الثاني فاستحقت ضمن قيمة الولد ورجع بالثمن فبايعه لا يرجع على الاول الا
بالثمن وقالا يرجع به وبقيمته ﻫ رجل باع جارية فباعها المشتري من اخر فاستولدها المشتري
الثاني ثم استحقت بعد ذلك ضمن قيمة الولد ورجع بثمنها على بايعه وهو المشتري الاول
قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يرجع المشتري الاول على البايع الاول الا بالثمن
لا غير وقالا يرجع عليه بالثمن وبقيمة الولد لان المشتري الثاني يرجع بالثمن وبقيمة الولد لمكان
الغرور فكذا هو يرجع على الاول بهما لانه ضمن سلامة المبيع لمشتريه بالثمن وبقيمة الولد
كما ان هذا ضمن سلامته لمشتريه وكما ان مشتري هذا يرجع عليه بهما فكذلك يرجع
على بايعه بهما وله ان البايع ضمن سلامتها لمشتريه وسلامة الحاصل منها لمشتريه لا لغيره
فيكون ضامنا لمشتريه ما يلزمه بسبب الولد الحاصل له منها لا غير فلهذا يرجع المشتري
الثاني على بايعه وهو المشتري الاول بالثمن وبقيمة الذي لزمته بسبب الولد الحاصل
له منها ولا يكون للمشتري الاول الرجوع على بايعه بقيمة الولد لانها ما لزمت المشتري الاول
بسبب الولد الحادث له منها بل لزمته بسبب ضمانه للمشتري الثاني سلامة الولد قال
ولو اشترى امراته المدخول بها ثم اعتقها ثم اتت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ شراها لا يثبت نسبه
الا بدعوة وان اتت الى سنتين بعد وطيها ﻫ رجل اشترى امراته الامة المدخول بها ثم اعتقها ثم
جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها قال ابو يوسف رحمه الله لا يثبت نسبه
الا ان يدعيه الزوج لانه لما اشتراها ارتفع النكاح وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها
منه اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر من حين الشرا الا بدعوة وهذا لان الوطء الحلال
يقضى فيه بالعلوق من اقرب اوقات الامكان لا من ابعدها لحصول الشك في الزايد وفي الوطء
الحرام يقضى فيه بالعلوق من ابعد اوقات الامكان وهو الى سنتين لان في الحمل على اقرب
الاوقات ضيع النسب والماء وههنا الوطء حلال في ملك اليمين فلا يحمل على العلوق في ملك

في ملك النكاح فلا يثبت بدون دعوة وقال محمد يثبت نسبه الى سنتين من غير دعوة
لان العلوق محمول على حين النكاح لان العدة ثابتة وان لم يظهر في حق المنع عن الوطء بسبب
ملك اليمين ولهذا فانه لا يملك ان يزوجها قبل انقضاء العدة فاذا اعتقها ظهر حكم العدة
في حقه ايضا فهذه مبانة معتدة ولم يتيقن بانقضاء عدتها فيثبت نسب ولدها من زوجها
الى سنتين قال ولو باعها ثم اشتراها فاتت بولد لذلك منذ باعها لا يثبت الا ان يصدق
المشتري وشرط دعواه ﻫ رجل اشترى امراته الامة ثم باعها من اخر ثم اشتراها منه فولدت
ولدا لاكثر من ستة اشهر من حين باعها فادعى الولد لا يثبت عند ابي يوسف وان دعاه
ما لم يصدقه المشتري لانا لو حملنا العلوق على العلوق في ملك اليمين كان ثبوت النسب متضمنا
بطلان الشرا المتخلل وقد تعلق به حق المشتري فلا يمكن نقضه الا برضاه فاذا صدقه فقد
رضي به وقال محمد اذا صدقه المشتري يثبت نسبه منه بشرط ان يدعيه وقد جاءت به قبل
تمام سنتين منذ اشتراها والا فلا لان العلوق محمول على حصوله في ملك النكاح لما مر وكان
ينبغي ان يثبت من غير دعوة الا انا اشترطنا الدعوة ههنا لقطع الزور وهذا لان ما بانه من
غير دعوة يستلزم فساد البيع فيعود الى ملكه واذا عادت الى ملكه لا يثبت النسب
لقيام المانع من ظهور العدة وهو حل الوطء بملك اليمين واذا لم يظهر لا يمكن الحمل على العلوق
في ملك النكاح لا يقال في المسئلة السابقة امكننا حمل العلوق في ملك النكاح لظهور العدة في
حقه بالاعتاق والاعتاق ههنا واذا تعذر ذلك وجب الحمل على العلوق في ملك اليمين واذا
حمل عليه لم يثبت النسب بدون الدعوة واذا لم يثبت بدون الدعوة بقي البيع فيؤدي الى الزور
فقلنا باشتراط الدعوى قطعا له قال ولو ادعى ولد مبيعته وبرهن على بيعها منذ
شهرين وبرهن المشتري على اكثر من ستة اشهر يحكم له به لا للبايع ﻫ رجل باع امته وقبضها
المشتري فاتت بولد فادعاه البايع وقال هو ولدي والبيع وقع منذ شهر واحد فقال
المشتري بل الولد ليس في البيع وقع سابقا على ستة اشهر واقام كل منهما البينة قال ابو يوسف
بينة المشتري اولى لانها تثبت زيادة المدة وما عدا ذلك فثبوته بقول البايع بنا على المدة
من حين البيع اقل من ستة اشهر فاذا اثبت المدة الزائدة لا يثبت شي مما يدعيه البايع وقال
محمد بينة البايع اولى لانه هو المدعي والمشتري منكر ولهذا كان القول قول المشتري
لدلالة السنة وليس ذلك الا لكونه هو المنكر والبينات وضعت لاثبات الدعاوي وفي
تعيين المدعى عليه تعين المدعي فيكون بينته اولى بالقبول قال والمنفي لعانا ولدها
اذا اعتدت وتزوجت واتت بولد لما الاول فهو له مطلقا والثاني في رواية وعليها

الفتوى ويجعله للاول ان اتت لاقل من سته اشهر من حين العقد وحكم به له ان كان من حين اتت الثاني بالوطي الى الولاده اقل من سنتين ه قال ابو حنيفه رضي الله عنه المراه اذا نعي اليها زوجها فاعتدت ثم تزوجت بزوج اخر واتت باولاد ثم جا زوجها الاول الغايب فالاولاد له على كل حال لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اي لصاحب الفراش والزوج الاول هو صاحب الفراش لان نكاحه صحيح ونكاح الثاني فاسد والصحيح اولى بالاعتبار من الفاسد بخلاف ما اذا وجد النكاح الفاسد وحده حيث يثبت به الفراش كما قاله بالصحيح في حق ثبوت النسب عند عدم المعارض وقال ابو يوسف ان كان من وقت النكاح الثاني الى وقت الولاده اقل من سته اشهر فالولد للاول لانا تيقنا ان العلوق ليس بعد النكاح الثاني فلم يمكن جعله من الثاني فكان من الاول اما اذا كان اكثر من سته اشهر فالولد للثاني لانه هو المستفرش حقيقه وفراشه وان كان فاسدا فانه فراش وقال محمد ان كان الزمان المتخلل من اول الوطي ووضع الولد اقل من سنتين فالولد للاول لاحتمال انه من وطي الاول او لاحتمال العلوق به في وقت يحتمل العلوق منه واحتمال كونه من وطي الثاني صحيح الا ان النكاح الاول صحيح والثاني فاسد والصحيح اولى بالاعتبار وان كان اكثر من سنتين من وقت النكاح الثاني فهو من الزوج الثاني لانا تيقنا انه ليس من الاول فتعين الثاني لانه المستفرش حقيقه والصحيح في هذا الباب ما رواه عبد الكريم الجرجاني عن ابي حنيفه رضي الله عنه ان الاولاد من الزوج الثاني رجع الى هذا القول وعليه الفتوى ذكره الحسام في الواقعات والاشاره الى ذلك من الزوايد قال ولو ولدت مكاتبه من احد شريكين نصيبه ام ولد ولها الخيار فان عجزت نفسها كانت ام ولده وضمن لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها والا اخذت العقر فاذا ادت عتقت والولاء لهما وبالا كلها ام ولد ومكاتبته وغرم نصف قيمتها ه رجلان مشتركان في امه مكاتبه فاتت بولد من احدهما صارت نصيبه ام ولد له ثم لها الخيار ان شاءت عجزت نفسها فتصير كلها ام ولد له وكلها مكاتبته له وغرم لشريكه نصف قيمتها لان الكتابه قابله للفسخ والاستيلاد لا يتجزى واذا انفسخت الكتابه عادت مكاتبه للمدعي لان امتناع الفسخ حق المكاتبه وهي راضيه بالفسخ على هذا الوجه لما لها فيه من النفع الظاهر وله ان الكتابه مانعه للنقل من ملك الى ملك كالتدبير ولو كانت مدبره فجاءت بولد فادعاه احدهما صار نصيبه ام ولد وبقي نصيب الاخر مدبرا على حاله بالاجماع فكذا هذا قولهما فسخ الكتابه ليتم الاستيلاد فيها بواسطه ملك نصيب الشريك قلنا الملك له في نصف الامه انما ثبت في نصيب شريكه ضروره صحه الاستيلاد وما ثبت بالضروره يتقدر بقدرها ولا ضروره

اخرى ولو قلنا ههنا بذلك افضى الى الترتيب ضروره على الضروره وهذا لان تملك نصيب الشريك لضروره الاستيلاد وفسخ الكتابه لضروره التملك فكان فسخ الكتابه ضروره ضروره الاستيلاد وانه غير جايز لان اثبات امر باثبات الدليل لضروره امر اخر باثباته الدليل ممتنع وهو من فروع الحلالات في تحري الاعتاق وقدمنا فيه قال والامه المشتركه اذا اتت بولد فادعوه يثبت منهم ومن اثنين لا ثلثه ه الجاريه المشتركه بين جماعه اذا اتت بولد فادعى كلهم يثبت نسبه منهم مطلقا قال ابو يوسف يثبت من اثنين فاذا كانوا ثلثه لم يثبت وقال محمد ان كانوا ثلثه يثبت فان زاد لم يثبت لابي يوسف ان الولد يستحيل ان يكون الا من ماء واحد حقيقه وانما اثبتناه من الاثنين لحديث عمر رضي الله عنه هو ابنهما يرثهما ويرثانه ولا نص في الزايد على الاثنين فجرى ثانيه على الاصل ولمحمد انه اذا ثبت من اثنين حكما ثبت من ثلثه لانها قريبه من الاثنين وابو حنيفه يقول العله هو الاستناد ومساس الحاجه الى من يربي الولد والاربعه فصاعدا كالاثنين في ذلك قال او مسلم وذمي او اب وابن جعلناه للمسلم والاب لا لهما ه هاتان مسالتان الاولى جاريه مشتركه بين مسلم وذمي فاتت بولد فادعياه فالولد ثابت النسب من المسلم وقال زفر يثبت منهما كما اذا كانا مسلمين بجامع ان الذي فيها من الملك المطلق المتصرف وصحه دعوى نسب ولدها ما للمسلم ولنا ان مصلحه الولد في ثبوت نسبه من المسلم فوجب ان نقضي به للمسلم وهذا لانهما تساويا في الملك لثابت منها وترجح هذا بالاسلام لقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى ه المساله الثانيه اذا كانت الجاريه مشتركه بين الاب والابن فاتت بولد فادعياه يثبت نسبه من الاب عندنا وقال زفر هو منهما لاستوايهما في الملك الثابت فيها ولنا ان الاب اولى لانه لو ادعى ولد جاريه الابن يثبت نسبه منه والابن لو ادعى نسب ولد جاريه ابيه لا يثبت فكان استيلاد الاب هذه الجاريه صحيحا من كل وجه واستيلاد الابن اياها صحيح من حيث ثبوت ملكه في بعضها ملك الاب فترجح استيلاد الاب فيكون اثبات النسب منه اولى قال ولو برهن كل من اثنين ان هذا العبد له ولد على ملكه من عبده وامته كان لهما ونسبه ثابت من الابوين وقالا من العبدين ه رجل في يده عبد فادعى اخر مثل هذه الدعوى واقام البينه عليها قضي بالعبد بينهما اجماعا من اصحابنا لاستوايهما ثم اختلفوا في ثبوت النسب فقال ابو حنيفه نسبه ثابت من العبدين والامتين وقالا لا يثبت من الاثنين لان البينتين تهاترتا في حق ثبوت النسب من الاثنين لان ثبوته مبني على الولاده اذ لا يتصور ثبوت النسب منهما بدونها وولاده الواحد منهما بحال بخلاف

الرجلين لان الخلاق الولد من ماء رجلين وان كان مستحيلا عادة لكنه ليس مستحيلا في نفسه
والحاجة ماسة الى اثباته من الابوين تحصيلا لما يتعلق بذلك من المصالح المتعلقة بالنسب
ولا استحالة حقيقة ولا داعي يثبت منها اما ثبوته من الامين مستحيل حقيقة ولا حاجة الى
اثباته منهما لحصول الغرض باثباته من الابوين ولان المشترك من المصلحة في اثبات النسب
من الرجل بعلة الاشتباه وسبب اثباته من المراتين بعلة الاشتباه موجود في حق الامين بيت
النسب منهما عملا بالعلة كيف وهاتان الشهادتان معتبرتان في حق ثبوت الملك فهما في العبد
وفي حق ثبوت نسبه من عند يهما يجب اعتبارهما في حق ثبوته من الامين قال
ولو ادعى مولى امهات ثلاثة في ابطن اكبرهم ابتناه لا الكل ٥ امة اتت بثلاثة اولاد في بطون
مختلفة ولا زوج لها وبين كل ولدين ستة اشهر فادعى مولاها ان اكبرهم سنا ولده ثبت
نسب الاول وحده وقال زفر ثبت نسب الكل منه لاسناد دعوته الى زمان العلوق ولكونها
ام ولده وقت ولادة الثاني والثالث ونسب ولد ام الولد يثبت من غير دعوة ولنا
ان الاسناد لا يظهر في المنفصل والولدان منفصلان من الام وقت ثبوت الاستيلاد
فيها فظهر الاستيلاد في حقه دونهما فبقيا على المانع من ظهوره في حقهما وهو الانفصال
على ان تخصيصه الدعوى بنسب الاكبر مما يمكن ان يستدل به على نفي الاخرين وولد ام الولد
ينتفي نسبه بمجرد النفي قال او احدهم ولدي ومات مجهلا عتق ثلث كل حر وعليه السعاية في
الباقي ثلث الاول ونصف الثاني وكل الثالث ويوافق في الاخرين ويعتق نصف الاول
في رواية ٥ رجل له جارية فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة بان كان بين كل ولدين ستة
اشهر فصاعدا فقال المولى احد هؤلاء ولدي ومات قبل البيان عتقت الام بغير سعاية
واما الاولاد فقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه لانه لما تعذر اثبات النسب في المجهول لجهل
هذا الكلام تجاوزا عن التحرير وقال محمد يعتق ثلث الاكبر ونصف الاوسط وكل
الاصغر لان ثبوت النسب في المجهول وان كان متعذرا لكن ثبوت العتق المبهم ليس
متعذرا فنزل العتق بناء على العلوق معتبرا الاحوال فنقول ان اراد الاول عتق وكان
حقا ان الثاني والثالث ولدا ام ولده فيعتقان وان اراد الثاني عتق هو والثالث
ولا يعتق الاول وان كان اراد الثالث عتق وحده فالثالث حر بكل حال والثاني يعتق في
حالين ويرق في حال الا ان الاحوال الاصابة حالة واحدة واحوال الحرمان احوال لان
الاصابة اشارة الى الثبوت والشيء اذا ثبت بسبب لا يكون ثابتا بغير ذلك السبب والحرمان
اشارة الى العدم والعدم يحقق لاسباب لوجود ويحقق الانتفاء شرط الوجود ولانتفائها

جميعا فيعتق نصفه والاول يعتق في حال ويرق في حالين فيعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه ويروى
عن ابي يوسف كما قال محمد في الثاني والثالث وقال في الاول يعتق نصفه باعتبار جعل
احوال الحرمان حالة واحدة قال ولو ولدت المبانة المعتدة ولدين في بطن احدهما لاقل
من سنتين من وقت الابانة والاخر لاكثر منها انتفيا عما انتفى بنفيهما وما اثبتهما ٥ مبانة
معتدة اتت بولدين في بطن احدهما لاقل من سنتين من وقت ابانته والولد الاخر لاكثر من
سنتين من وقتها فنفاهما الزوج قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يصح النفي ويثبت نسبهما
ويحد وقال محمد يصح نفيه ولا يثبت نسبهما منه ولا يحد الزوج لانا تيقنا ان العلوق بالولد الثاني
لم يكن من وطء قبل الابانة لمجاوزة اكثر مدة الحمل فالاول تابع له لانهما توأمان ولا يتبع الثاني
الاول هنا لان نسب الولد الاول لو ثبت ثبت بالاجتهاد والثاني منتف بالنص وهو قول
عائشة رضي الله عنها لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين والاجتهاد يترك بالنص ولا
ينعكس ولهما ان الولد الاول عند ولادته حكمنا بثبوت نسبه لعدم المانع من ثبوته
والمقتضي لثبوته قائم فيستتبع الولد الثاني كما لو باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل
من ستة اشهر من وقت البيع والاخر لاكثر من ستة اشهر فادعى البائع الاول او ادعاهما
ثبت نسبهما منه بدون تصديق المشتري لاستتباع السابق كذا ههنا قال ولو
ادعى عبد في زوجته امة لقيطا وصدقه المولى ثبت منه ويحكم برقه وحكم بحريته عبد لرجل
ادعى ان هذا اللقيط ولده من زوجته وهي امة وصدقه مولاها على ذلك ثبت نسب اللقيط
منه لكونه مصلحة في حقه ويكون عبدا لمولاها عند ابي يوسف تبعا لها وقال محمد هو حر لان
اللقيط حر بالاصالة وتصادق العبد ومولاها لا يصلح حجة عليه في ابطال حريته الثابتة بالاصل

كتاب الشهادات

باب يفترض اداؤها بطلب المدعي ٥ قال الله تعالى ولا يأب الشهداء اذا
ما دعوا اي ولا يأب الشهداء اذا دعوا الى تحملها ان يحضروا الى ذلك على هذا القول فتسميتهم
شهداء باعتبار مشارفتهم اياها والاول اقرب الى الحقيقة باعتبار استمرار الشهادة كانهم
ملابسوها وقال تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهو صريح في ذلك وانما
قال بطلب المدعي لان ذلك حق له فيتوقف على طلبه قال ويخير في الحدود بفضل الستر
الشاهد في الحد مخير بين الاظهار والستر لان الستر افضل اما الخيار فلان في كل من الامرين
حسنة فاقامة الحد يقتضي الاظهار والتحرز عن هتك المسلم يقتضي الستر الا ان الستر

افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقوله
عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة قال ويقول في السرقة
اخذ لا سرق اما الاول فلان احياء حق المسروق منه في المال يحصل بقوله اخذ واما الثاني
فامتناعه من لفظة السرقة محافظة على المندوب اليه من الستر ولانه اذا قامت البينة بالسرقة
وظهرت عند القاضي فانه يقطع والقطع مع الضمان لا يجتمعان فيكون في اداء الشهادة بالحد تضييع
حق المسروق منه بالمال ففي لفظة الاخذ جمع بين الستر واحياء الحق قال ولا يقبل في الزنا
الا اربعة ولا الحدود والقصاص الا رجلين ويقبل فيما عداهما شهادة رجل وامراتين
ولا يقيده بالمال الشهادة على مراتب منها الشهادة على الزنا ويعتبر فيها شهادة اربعة من
الرجال وقد مر ذلك في كتاب الحدود ومنها الشهادة في الحدود والقصاص والمعتبر فيها
شهادة الرجال فقط ولا يجوز فيها شهادة النساء مع الرجال لحديث الزهري رضي
الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده
ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان في شهادتهن شبهة البدلية عن
شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ويقبل في غير الحدود والقصاص
شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ومنها الشهادة فيما
عدا ذلك من الحقوق المالية وغيرها ويقبل فيها شهادة رجل وامراتين وقال الشافعي رحمه
الله لا تعتبر شهادة الرجال والنساء الا في الحقوق المالية وتوابعها والخلاف يظهر
في مثل النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية له ان الاصل في شهادتهن عدم
القبول لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولهذا لا تقبل شهادتهن
في الحدود والقصاص ولا شهادة الاربع منهن عندكم وقبولها في الاموال على وجه
الضرورة لكثرة وجودها وقلة خطرها فلا يلحق بها ما هو اقل وجودا واعظم خطرا
كالنكاح ولنا ان الاصل في شهادتهن القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة
وهو المشاهدة والضبط والاداء فالمشاهدة عليها حصول العلم للشاهد بالمشهود به والضبط
عليه بقاؤه والاداء عليه حصول العلم به للقاضي ولهذا كانت مقبولة في الرواية والاخبار
وما يعرض لهن من قلة الضبط يتقوى بضم الاخرى اليها فلم يبق في شهادتهن الا الشبهة
فما يندرئ بالشبهة والحقوق الغير المالية مما يثبت مع الشبهة حتى يثبت بها الشهادة فيقبل
شهادتهن فيها وعدم قبول شهادة الاربع منهن على خلاف القياس تقصيرا اليه كي لا يكثر
خروجهن قال ولا يشترط اربعا فيما لا وقوف للرجال عليه ولا عينوا شيئا فيكفي الواحدة

شهادة النساء وحدهن مقبولة فيما لا اطلاع للرجال عليه كالعيوب بالنساء والبكارة
والولادة ومذهب الشافعي انه لا بد في ذلك من شهادة اربع نسوة لان الشهادة المطلقة شهادة رجلين
وقد اقام الشرع المرأتين مقام الرجل فالاربع يقمن مقام رجلين وعن مالك رحمه الله انه
اشترط ثنتين لان الواحدة في هذا الباب كالرجل فيشترط العدد منه كالرجال فيما
ثبت بشهادتهم ولنا الاكتفاء بالواحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل
عند تعذر الكل ولانه لما سقط اشتراط الذكورة تخفيفا من حيث ان نظر النساء الى مثلهن
اخف فسقط اشتراط العدد ايضا الا ان الاحتياط في الثنتين والثلاث لموضع الالزام
لموضع الالزام قال وشهادتهن على الاستهلال مردودة في حق الارث قال
ابو حنيفة رضي الله عنه شهادة القابلة على استهلال الصبي وهو صياحه عقب الولادة
مردودة في حق الارث مقبولة في الصلوة عليه وقالا هي مقبولة في حق الارث ايضا لان ذلك امر يكون
عند الولادة فكان مما لا يطلع عليه الرجال فيجوز شهادتهن فيه لما مر وصار كشهادتهن
على نفس الولادة واعتبارا بقبولها في حق الصلوة عليه وله ان الارث من الامور الخطيرة
الدنيوية واذا وقع فيه الاختلاف لم يثبت الا بما يثبت به سائر الحقوق المالية والاطلاع على ذلك
ممكن لانه استماع صوت الصبي وليس ذلك بامر عسير بخلاف قبول الشهادة في حق الصلوة لان
ذلك من امور الدين وبخلاف شهادتهن على نفس الولادة لانه لا اطلاع للرجال عليه قال
ويشترط في ترجمة لغة الشاهد وتزكية السر عدد البينة والكفاية بنفسه قال ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله اذا كان القاضي لا يعرف لغة الشاهد والمدعي والمدعى عليه فترجم له عنه رجل مسلم
ثقة واثنان احب وقال محمد لا يجوز في الترجمة اقل من رجلين او رجل وامراتين وعلى هذا الخلاف
المزكي لان الترجمة والتزكية شهادة فيشترط فيها ما يشترط في معنى الشهادة بالحقوق الا
لفظة الشهادة كما يشترط فيها الاسلام والعدالة والحرية والبلوغ وهذا لان ولاية القضاء
مبنية على العدالة وظهورها بالتزكية فيشترط فيها العدد كما يشترط العدالة وكما يشترط
الذكورة في المزكي في الحدود ولهما ان التزكية والترجمة خبر ولذلك لم يشترط فيهما
لفظة الشهادة والخبر لا يشترط فيه العدد كرواية الاحاديث ولا يلزم من اشتراط العدالة
والاسلام والحرية والبلوغ اشتراط العدد اعتبارا بالقاضي وهذا لانه اقامهما مناب
نفسه لتعذر قيامه بنفسه على ذلك وانما قال تزكية السر لان الخلاف في ذلك فلذلك زاده واما
العدد في تزكية العلانية فالعدد شرط اجماعا على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء

وقالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله قال ويجيز تلقين
الشهود في غير الحدود ه قال ابو يوسف رحمه الله يجوز للقاضي ان يلقن الشهود كيفية
اداء الشهادة الا في الحدود لانها تندرئ بالشبهة وفي غيرها فلانا نرى احيا الحقوق للناس
لان مهابة مجلس القضا قد تمنع الشاهد من اظهار الفاظ الشهادة كما يجب ولهما ان في ذلك
اعانة لاحد الخصمين على الآخر فيكون خارجا عن حد الانصاف فيجب اجتنابه نفيا للتهمة قال
ويشترط العدالة ولفظة الشهادة ه اما الاول فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهدا ولقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي التي تغلب على ظن القاضي صدقه لان من يتوقى
ارتكاب محرمات دينه فالظاهر يتوقى الكذب كما ان من يرتكب محرمات دينه قد يتعاطى الكذب
وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها عند الناس وامروه يقبل شهادته لانه لا يستاجر
لوضع الوجاهة ومروته تمنع عن الكذب والاول اصح الا ان القاضي لو حكم بشهادة الفاسق
صح القضا عندنا على ما عرف واما الثاني وهو الاتيان بلفظة الشهادة شرط حتى لو قال عوضها
اعلم او اتيقن لم يسمع وهذا لان النصوص امرت بذلك وقوله واشهدوا ذوي عدل منكم
واستشهدوا شهيدين ولان هذه الكلمة زيادة تاكيد فانها من الفاظ اليمين فكان
النطق بها ادعى الى الامتناع عن الكذب وهذا الشرط في كل ما تقدم الا في الترجمة له
الشاهد والتزكية حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النسا في الولادة
وغيرها هو الصحيح لان ذلك شهادة لما فيها من معنى الالزام ولاختصاصها بمجلس القضا ويشترط
فيها الحرية والاسلام قال والقاضي يعمل بظاهر العدالة ولا يسال الا فيما يندرئ
بالشبهة او لطعن الخصم وقالا يسال سرا وعلانية ويفتى بقولهما ه قال ابو حنيفة رضي
الله عنه يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال الا في الحدود والقصاص لان
ذلك مما تندرئ بالشبهة فيحتاط في السؤال تحيلا في الدرء والاصل فيه قوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي عن عمر رضي الله عنه مثله
ولان الظاهر من حال المسلم ان ينزجر عما حرمه الله عليه وبالظاهر كفاية لان القطع
مما يتعذر الوصول اليه واذا طعن الخصم في الشهود سال عنهم لتعارض الظاهرين فان
الظاهر من حال الشاهد عدالته وصدقه والظاهر من حال الطاعن ايضا مثل ذلك فلا بد من
السؤال طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسال القاضي عن الشهود
سرا وعلانية في سائر الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي تقوم بشهادة العدول
فيجب التعرف صونا للقضايا عن البطلان وقيل هذا اختلاف زمان فان عصر الامام ابي

حنيفة كان من الاعصار المشهود لها بالعدالة وفي عصرهما تغير الحال عما كان عليه فيجب على القاضي
في هذا الزمان تعرف العدالة فلذلك زاد ويفتى بقولهما ذكره صاحب الهداية قال
وان اكتفى بالسر جاز ويقول المزكي هو عدل جائز الشهادة ه تزكية السر ان يبعث القاضي سرا الى
المعدل نسب الشاهد وحليته ويرد المعدل اليه سرا لئلا يظهر ذلك فيخدع او يقصد وتزكية
العلانية لا بد فيها من الجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي بذلك تهمة تعديله لغيره وتزكية
العلانية كانت كافية في الصدر الاول ويكتفى بتزكية السر الان تحرزا عن الفتنة كيلا يزكي
من لا يجوز تزكيته استحياء منه ويروى ان تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد من ان يقول المعدل
هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل لو اقتصر على قوله هو عدل كفى ذلك لثبوت
الحرية بالدار وقيل هذا اصح والمسلتان من الزوائد ه قال ويجوز ان يشهد بكل
ما سمعه او ابصره من الحقوق والعقود من غير اشهاد ويقول اشهد ولا يقول اشهدني الا الشهادة فلا
يجوز حتى يشهد ه ما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار
والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك او رآه جاز له ان يشهد به وان لم يشهده المقر
او البائع والغاصب عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وعلم ذلك هو المجوز لاطلاق الشهادة
قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس وانما
يقول اشهد انه باع او غصب او اقر او قتل ولا يقول اشهدني تحرزا عن الكذب ولو سمع من
وراء حجاب لا يقبله القاضي لاشتباه النغمات فتفوت العلم بالمشهود عليه اللهم الا ان
يدخل البيت ويعلم انه ليس فيه احد سوى ذلك الشخص ثم يجلس على الباب وليس مسلك للبيت غيره
فاذا سمع اقراره من داخل البيت فله ان يشهد لحصول العلم بالمشهود عليه في هذه الصورة
والضرب الثاني ما لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز
له ان يشهد على شهادته ما لم يشهده او سمع شاهدا اشهد آخر على شهادته لم يجز له ان يشهد
الا باشهاد وهذا لان الشهادة ليست موجبة بنفسها وانما يصير موجبه بعد النقل الى مجلس
القضا فيشترط فيها التحميل ولم يوجد فلا يجوز قال ولا يشهد بما لم يعاينه الا النسب
والموت والدخول والنكاح وولاية القاضي اذا اخبره من يثق به ه الشاهد له ان يشهد بهذه
الاشيا اذا حصل له العلم بها بالتواتر او باخبار رجلين او رجل وامراتين او باخبار من يثق به
وقد قيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يوقف عليه فيكون في اشتراط العدد
بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح فيشترط فيه العدد ليحصل للشاهد نوع علم بما يشهد به
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز هذه الشهادة لانها مستفيدة من الشهود وهو الحضور

والعلم ولم يحصل وصار كالبيع ووجه الاستحسان ان هذه الاشيا مما لا يطلع على اسبابها
الا خواص من الناس ويتعلق بها احكام باقية على انقضا الدهور فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع
ادى الى حرج كبير وليس هذا مثل البيع لانه مما يسمعه كل احد فافترقا وينبغي للشاهد بالتسامع ان
يطلق ادا الشهادة ولا يفسرها اما اذا فسر للقاضي ان يشهد بالتسامع لا يسمعها القاضي
كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق لادا الشهادة ثم اذا فسر لم يقبل كذلك ههنا
ولو شهد على دفن فلان والصلاة على جنازته وفسر لذلك قبلت شهادته وهذه مبينه
والاقتصار على هذه الاشيا مما ينفي جواز غيرها بالتسامع وقد روي عن ابي يوسف انه اجاز جوازها
بالتسامع في الولاء نزولا له منزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وقيل قوله هذا
في مولى له ابوان وثلثه لابي دخل بينه الا ان الولا مما ينبني على زوال الملك وانه يفتقر الى المعاينه
فكذا ما ينبني عليه والمختار في اصل الوقف قول محمد رحمه الله في انه يجوز بالتسامع لانه مما
يبقى على مر العصور وقد ذكر في كتاب الوقف قال واذا راى في يده شيئا غير عبد وامة كبيرين
لا يعرف رقهما شهد له به من غير تفسيره المسئلة من الزوايد وهي ان الشاهد اذا راى في يد
اخر شيئا غير العبد والامة الكبيرين ويحترز بهذا القيد عما اذا كانا صغيرين فانه يجوز ان يشهد
لمن هو في يده وانه يملكه ولكن لا يفسر للقاضي انه يشهد بنا على اليد فان القاضي لا يسمع الشهادة
وهذا لان اليد اقصى ما يستدل بها على الملك اذ اليد مرجع الدلالة في اسباب الملك فيكتفي بها
وعن ابي يوسف انه يشترط مع اليد ان يقع في قلبه انه له وقيل هذا تفسير لاطلاق قول محمد
للزوايد وقيل لا بد مع اليد من التصرف لان اليد متنوعة الى امانة وملك ولكن التصرف ايضا
متنوع الى نيابة واصالة والمسئلة على وجوه ان شاهد المالك والملك حل له ان يشهد وان لم يعاينها
لا يحل وان شاهد المالك دون الملك لا يحل ايضا وان شاهد الملك بحدوده دون المالك جازت
الشهادة استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع واما العبد والامة فان كان يعرف رقهما جازت الشهادة
لان الرقيق ليس في يد نفسه وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين لا يعبران عن انفسهما جازت الشهادة
ايضا لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين ولا يعرف رقهما لا يجوز الشهادة بها وهو المستثنى في الكتاب
لظهور يدهما على انفسهما يندفع به عنهما يد الغير عليهما وهو دليل الملك وعند عدمه بعدم
المطلق للشهادة وهذا المذكور من الاستثنا هو الصحيح وقد روي عن ابي حنيفة جواز الشهادة
بهما ايضا وان كانا كبيرين اعتبارا بالثياب والفرق ظاهر لوجود يدهما على انفسهما وعدم
ذلك في الثياب

فصل فيمن تقبل شهادته وفيمن لا تقبل

قال ورددنا شهادة الاعمى مطلقا وقبولها فيما سبيله السمع زوايد وتحريرها

ان تحملها بصيرا او لو عمي بعد الادا امتنع القضا وبامضيه هذه مسايل الاولى ان شهادة
الاعمى مردودة عند مقبوله وقال زفر وهو مذهب مالك تقبل فيما سبيله التسامع وهو
رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقد زاد الرواية في الكتاب والنفي بالخلاف مع زفر بنصبه
مع مالك رحمهم الله ومعنى قوله مطلقا اي ان شهادته مردودة سوا كانت فيما سبيله
السمع او غيره وفسر بذكر الرواية عقيب قيد الاطلاق معناه وكشفه وهذه الرواية مطابقة
مذهب زفر فعرف مذهب زفر على التفصيل من قيد الاطلاق والتفسير بعده المسئلة
الثانية قال ابو يوسف وهو مذهب الشافعي اذا تحمل الشهادة في الديون
او في العقار فيما لا يحتاج فيه الى الاشارة الى المدعي ثم ذهب بصره فشهد قبلت شهادته
وقال ابو حنيفة ومحمد لا تقبل وجه قول زفر ان الحاجة في هذه الشهادة الى سمعه وهو
صحيح لا آفة به وجه قول ابي يوسف انه حصل له العلم بالعيان وقت التحمل والادا
صحيح لاختصاصه بالقول وهو غير محتاج الى الاشارة فيحصل تعريف المشهود عليه بذكر نسبه
كما اذا شهد على الميت وهو عدل فيقبل ولنا ان الادا يفتقر الى التمييز بين المشهود له
والمشهود عليه اذ التعريف بالنسبة مع حضورهما لغو والاشارة شرط ولا يمكنه
التمييز بالنغمة وفي ذلك شبهة لا يجوز معها قبول الشهادة لفوات ما هو الركن وهو التمييز
بالاشارة وصار كالحدود والقصاص المسئلة الثالثة وهي من الزوايد اذا ادى الشهادة ده
ثم عمي قال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز القضا بها وقال ابو يوسف يجوز القضا بها لانها ادت
بشرايطها واركانها وقلت فلا يؤثر هذا الحادث فيها بعد القبول اعتبارا بما لو مات او غاب
ولهما ان بقا اهلية الشهادة وقت القضا شرط القضا لانها تصير حجة عند القضاء
وقد فاتت فلا يقضى بها وصار كما لو جن او خرس او فسق بخلاف الموت لان الاهلية تنتهي
به ولا تبطل فان الشي بانتهايه يتقرر بخلاف الغيبة لقيام الاهلية مع الغيبة قال
ولا تقبل من العبد لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للعبد على نفسه فالاولى
ان لا تثبت له ولاية على غيره قال ولا من الاصل لفرعه وبالعكس لا تقبل شهادة
الوالد لولده وولد ولده وان سفل ولا شهادة الولد لوالده وجده وان علا والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا
الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع
متصلة بين الاولاد والابا الا ترى انه لا يجوز دفع الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه
ولان في هذه الشهادة تهمة فلا تقبل والمراد بالاجير في الحديث على ما قيل هو التلميذ الذي يعد

ضمن من استفاده ضررًا له ونفعه نفعًا له وقيل الاجير مسانهه او مشاهره لانه يستوجب
الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا من المولى لعبده ولا لمكاتبه
اما العبد فلان شهادة المولى له شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن عليه دين وان
كان عليه دين فهو شهادة لنفسه من وجه لان الحال موقوف مراعى واما المكاتب فلان شهادته
له شهادة لنفسه من وجه قال ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لما
ذكرنا ايضا وانما قيد ذلك بما هو من شركتهما لان شهادته له فيما عدا ذلك مقبوله لانتفاء التهمه
قال وترد من احد الزوجين للاخر شهادة احد الزوجين للاخر لا تقبل وقال
الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزه والايدي متحيزه ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس
بالدين وما يجري بينهما الا النفع من العين للشاهد لا اعتبار به في رد الشهادة لانه يثبت
ضمنا لا قصدًا فصار كالغريم يشهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان اتصال المنافع
بينهما عادة بما اوجب الحاقا شهادة حرت معنا فلا تقبل بخلاف شهادة الغريم
لانه لا يد له على المشهود به قال وتقبل من الاخ لاخيه وعمه لعدم التهمه فان الاملاك
متفرقه والمنافع متباينه ولا انبساط لبعضهم في مال بعض قال وترد من مخنث
يريد به المخنث في الردي من الافعال لكونه فاسقا فاما الذي في الفاظه لين وفي اعضايه تكسر
فذاك مقبول الشهادة قال ونايحه ومغنيه لارتكابهما المحرم فانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن الصوتين الاحمقين النايحه والمغنيه قال ومدمن الشرب على اللهو لانه يرتكب محرم
دينه قال واللاعب بالطيور لان اللعب بها مما يورث اللاعب غفله والمغفل ليس
باهل للشهادة ولانه ربما كان سببًا للاطلاع على عورات الناس ويستلزم ذلك ارتكاب
منكر قال والمغني للناس لانه يجمعهم على كبيرة قال ومن يرتكب ما يوجب الحد لظهور
فسقه قال والذي يدخل الحمام بغير ازار لانه ارتكب حرامًا بما كشف عورته قال
ويأكل الربا ويقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكباير وقوله ويقامر اشاره الى
ان نفس اللعب بالشطرنج ليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه ساغًا وقد شرط في
الاصل ان يكون اكل الربا مشهورا به كله فان الانسان قلما يخلو من البيوع الفاسده وكلها
ربا قال ويفعل ما يستخفه كالاكل والبول على الطريق لانه بذلك يصير تاركا
للمروه وهذه الافعال انما تصدر عن قليل الحيا فيصير شهادته منها في ارتكاب الكذب
قال ويظهر سب السلف لانه اذا ظهر ذلك تقطط فسقه بخلاف من يكتمه لانه
فاسق مستور الحال قال وتقبل من الاهواء الا الخطابيه لا نتهم بفسقه من حيث

الاعتقاد الا ان الحامل له على ذلك انما هو التدين به وذلك مانع من ارتكاب الكذب وصار
كمن يشرب المثلث مستبيحا له او ياكل متروك التسميه عامدا مستبيحا له بخلاف الفاسق بتعاطي الافعال
الموجبه للفسق والخطابيه هم المنسوبون الى ابي الخطاب الكوفي يرون الشهادة واجبه لشيعتهم
قال وتقبل من اهل الذمه فيما بينهم شهادة اهل الذمه بعضهم على بعض وان اختلفت
مللهم مقبوله وقال الشافعي ومالك رحمهما الله لا تقبل لانهم فسقه باكبر انواع الفسق قال الله
تعالى والكافرون هم الظالمون ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وصار كالمرتد ولنا انه
صلى الله عليه وسلم قبل شهادة النصارى بعضهم على بعض ولان الذمي من اهل الولايه على نفسه واولاده
الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه وقدمنا ان الفسق الاعتقادي غير مانع من قبول الشهادة
لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محرم في جميع الاديان بخلاف المرتد لعدم الولايه
وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لعدم ولايته عليه ولانه بسبب قهر المسلم اياه واذلاله له
يتقول عليه بخلاف ملل الكفر حيث انه لا يقهر بعضهم بعضًا لان مله الاسلام هي الظاهره على الكل
القاهره للجميع فلم يسوغ لهم عزه يتسلطون بها وشهادة الحربي المستامن على الذمي مردوده
لان الذمي اعلا حالا منه لانه من اهل دارنا وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض عند اتحاد دارهم فان اختلفت دورهم كالترك
والروم لم تقبل لان اختلاف الدار يقطع الولايه الا ترى انه يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من
اهل دارنا قال وتقبل من العامل والاقلف والخصي وولد الزنا والخنثى اما العامل للسلطان
فشهادته لان نفس العمل ليس بفسق اللهم الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها
في الناس ذا مروه لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لانه من جنس شهادته لانه من حيث
وجاهته لا يقدم على الكذب حفظا لجاهه ومروته ولمهابته عند الناس لا يستاجر على
الشهادة الكاذبه وهو من الزوايد واما الاقلف فلان عدالته غير مختله الا ان يترك ذلك
استخفافا بالدين فحينئذ لا تقبل لزوال عدالته واما الخصي فلان عمر رضي الله عنه قبل
شهادة علقمه وكان خصيًا ولانه مظلوم بقطع عضو منه فصار كما لو قطعت يده واما
ولد الزنا فلقوله تعالى ولا تزر وازره وزر اخرى وفسق ابويه لا يستلزم فسقه كما
ان كفرهما وهو مسلم لا يورثه واما الخنثى فلانه اما رجل واما امراه وكلا الجنسين
من اهل الشهادة قال ومن غلبت حسناته واجتنب الكباير قبلت شهادته وان
الم بمعصيه هذا هو الصحيح في حد العداله المعتبره في باب الشهادة فان التوقي عن الكباير
كلها لا بد منه ثم بعد ذلك يعتبر الغالب فاما الالمام بمعصيه لا يوجب نقض العداله ولا ردها

بها الشهادة لان في اعتبار ذلك حرجا عظيما والحاجة ماسة الى احيا الحقوق قال
ولا يسمع على جرح ولا يحكم به ش وهذا لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق اذا تاب
ارتفع فسقه فلا يحكم للالزام وحيث لا يتحقق الالزام لا يتجه الحكم ولان في ذلك هتك الستر
الواجب اللهم اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك فان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولو اقام المدعى
عليه بينة ان المدعي استاجر الشهود لم يقبل بينته لان هذه البينة ناطقة بمجرد الجرح فلا يسمع
والاستيجار وان كان امرا زائدا على الجرح الا انه لا يمكن اثباته لعدم الخصم في اثباته حتى لو اقام
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليودوا هذه الشهادة والعشرة دراهم
من مالي الذي في يده قبلت الشهادة لانه خصمه في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه لانه يتعلق به تمام الحد
وهو رد الشهادة وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان
لا يشهدوا علي بهذه الشهادة الباطلة وقد شهدوا وانا اطالبهم برد ما صالحتهم عليه من
المال ولهذا قلنا لو اقامها على ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او
شريك المدعي قبلت قال ولم يقبلوا شهادة الصبيان في الجراح فيما بينهم قبل التفرق
اذا شهد الصبيان بعضهم على بعض في الجراح الواقع بينهم لا يقبل مطلقا وقال مالك يقبل
قبل تفرقهم لانه لولا قبولها ولم يحضر غيرهم يفضي الى تعطيل هذه الحقوق ولنا ان الموجب
للقضا هو البينة التي يغلب على ظن القاضي صدقها باعتبار الصدق لان يكون محرزا منهم
وهو الكذب وشهادة الصبيان لا تفيد غلبة الظن بالصدق لعدم حرمة الكذب عليهم
فلا يكون قولهم موجبا للحكم قال وشاهد الزور يشهر وزاد ضربه وحبسه قال
ابو حنيفة رضي الله عنه في شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقال ابو يوسف ومحمد
يوجع ضربا ويحبس قيل لا خلاف في المسئلة لان قولهما في غير التائب وقوله في التائب وهو لا يستحق
التعزير وقيل الخلاف في الذي لم يتب وانه يستحق التعزير لانه اتى منكرا ليس فيه حد مقدر وقيل
كل قول ابي حنيفة انه لا يعزر اكتفا بالتشهير في سوقه او بين قومه فان ذلك تعزير بل اشد
منه عند بعض الناس وقد روي ان شريحا كان اذا اخذ شاهد زور بعث به الى سوقه
ان كان سوقيا والى قومه وقت اجتماعهم بعد العصر فيقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول
انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه ولهما ما نقل عن عمر رضي الله عنه
شاهد الزور بانه ضربه وسخم وجهه ولان ذلك كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس
فيها حد مقدر فيعزر وابو حنيفة رضي الله عنه حمل فعل عمر رضي الله عنه على السياسة بدليل
ما روي انه بلغ بضربه الى اربعين وبدلالة تسخيم الوجه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر

مع الضرب والحبس عندهما والضرب والحبس يقدره بما يراه القاضي وذكر في الجامع
الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بالزور لم يضربا وقالا يعزران وفايدة ذلك ان شاهد الزور
في حق ترتيب هذا الحكم عليه هو المقر على نفسه بذلك لانه لا طريق الى اثبات ذلك عليه
بالبينة لان ذلك نفي للشهادة والبينة موضوعة للاثبات دون النفي ش

فصل في الاختلاف في الشهادة

قال ويجب ان توافق الشهادة والدعوى ش الشهادة اذا وافقت الدعوى كانت مقبولة
وان خالفتها لم تقبل لان ما هو من حقوق العباد يقدم الدعوى على الشهادة شرط فيه فاذا
وافقتها الشهادة فقد وجد الشرط وان خالفتها لم يوجد لان الدعوى السابقة غير ما قامت
بها الشهادة فخلت الشهادة عن تقدم الدعوى فلا تسمع قال واتفاق الشاهدين لفظا
ومعنى هذا بالف وذاك بالفين والدعوى بالفين فهي مردودة وقبلاها في الالف ش اتفاق
الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى اذا ادعى على اخر الفين
واقام بينة شهد احدهما بالفين وشهد الاخر بالف ردت هذه الشهادة عنده وقالا تسمع
على الف وهذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا
على الالف والطلقة واختلفا في الزائد فثبت ما وقع الاتفاق عليه دون ما وقع الاختلاف فيه
وصار كالالف والخمسمائة وله ان اختلافهما لفظا دليل على اختلافهما معنى لان المعنى مستفاد
من اللفظ وهذا لان الالف لا يعبر بها عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فقد حصل على
كل من الجملتين شاهد واحد فلم تتم البينة وصار كما لو اختلف جنس المال قال
او هذا بالف وذاك بالف وخمسمائة والدعوى بالاكثر قبلت في الالف ش اذا ادعى على اخر
الفا وخمسمائة فاقام بينة فشهد احد الشاهدين بالف والاخر بالفين قبلت الشهادة بالالف
اتفاقا لما لاتفاق الشاهدين على الالف لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت
احداهما على والعطف يوجب تقرير المعطوف عليه ونظيره الطلقة والطلقة والنصف الاخرى
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لعدم حرف العاطف الذي به يتقرر
المعطوف عليه فهو نظير الالف والالفين ولهذا الفصل يحصل جواب قياسهما ولو
قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الشاهد بالف وخمسمائة باطلة لان المدعي كذبه
في المشهود به فكذلك قال والدعوى بالاكثر ولو سكت عن الزائد على الالف لم
تقبل الشهادة على الالف وخمسمائة لانه تكذيب ظاهر اللهم الا ان يقول كان اصل
حقي الفا وخمسمائة فاستوفيت الخمسمائة او ابراته عنها فحينئذ يسمع لحصول التوفيق بين الشهادة

والدعوى قال ولو شهدا بالف وقال احدهما قضاه نصفها قبلت في الالف لا
في القضاء ه اذا ادعى آخر الف درهم واقام بينة فشهد احدهما بها وشهد الآخر ثم قال
قضاه نصفها قبلت في الالف لا في القضاء ه اذا ادعى على آخر الف درهم واقام بينة
فشهد احدهما وشهد الآخر ثم قال قضاه منها خمسمائة قبلت شهادته في الالف ولم تقبل
قوله قضاه خمسمائة الا ان يشهد معه آخر وهذا لانهما اتفقا على الالف فلزمت وتفرد
احدهما بالقضاء فلا يسمع فاذا شهد معه آخر تمت البينة على القضاء فيسمع قال وينبغي
ان يمتنع عنها حتى يقر المدعي بالقبض ه ثم ان الشاهد اذا علم انه قضاه نصفها ينبغي ان لا يشهد
بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على ظلم المدعى عليه بشهادته عليه بالف
يعلم انه تادى نصفها قال ولو شهد احدهما بنكاح بالف والآخر به بالف وخمسمائة فهي
مقبولة بالعقد وردها كالبيع اذا شهد احد الشاهدين بالنكاح بالف وشهد الآخر بالنكاح بالف
وخمسمائة قال ابو حنيفة رضي الله عنه يحكم بالنكاح بالف وقالا لا تقبل هذه الشهادة وفي الامالي
قول ابي يوسف مع ابي حنيفة لهما ان المشهود به عقدان مختلفان فان النكاح بالف غير النكاح
بالف وخمسمائة ولم يتم نصاب الشهادة على احدهما فلم يحكم بشيء كالبيع فانه اذا شهد احدهما انه
اشترى عبد فلان بالف وشهد الآخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فان الشهادة باطلة لان المقصود
اثبات السبب وهو العقد والعقد يختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم
البينة على كل واحد كذلك ههنا والبينة على هذا القياس من الزوائد ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان المال امر تابع في باب النكاح والاصل فيه الحل والملك والازدواج وهما متفقان
على ما هو الاصل فيجب ان يحكم بالاقل لوقوع الاختلاف فيما هو تابع وقد اتفقا على الاقل ويستوي
دعوى اقل المالين واكثرهما هو الصحيح بخلاف البيع لان الثمن فيه مقصود الا ترى انه لا يصح البيع
بدون تسمية الثمن وصح النكاح بغير تسميته مهر ثم قيل هذا الاختلاف فيما اذا كانت المرأة
هي المدعية واما اذا كان الزوج هو المدعي فبالاجماع على انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده
ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح وعلى هذا يدل الاطلاق في الكتاب ولم
يعين المدعي قال واذا شهدت بينة ان زيدا قتل يوم النحر بمكة واخرى به يوم النحر بالكوفة بقتلهم
لم تقبلا فان حكم بالسابقة لغت الاخرى اما الاول فلان احدى البينتين كاذبة بيقين
لحصول التناقض الصريح ولا مرجح لاحدهما على الاخرى واما الثاني فلانه اذا سبقت احدى
البينتين فحكم الحاكم بها ثم حضرت الاخرى فشهدت بما ناقض الاولى لم يسمع الثانية والحكم
بالاول ماض لترجح البينة الاولى على الاخيرة باتصال القضاء بها فلا ينقض قال ولو اقام ذو

اليد بينة على بيع داره من فلان بالف في رمضان وفلان انه ارتهنها منه بخمسمائة في شوال رجح
الرهن وهذا البيع رجل ادعى انه باع داره التي في يده من فلان بالف درهم في شهر رمضان
واقام على ذلك بينة فادعى فلان انه ارتهن منه هذه الدار بخمسمائة في شوال قال ابو حنيفة وابو
يوسف رحمهما الله يمضي البيع في رمضان ويقضي لذي اليد على فلان بخمسمائة درهم ويحل الخمسمائة
التي قام فلان البينة على انه اداها الى اليد واخذ الدار منه رهنا عليها قصاصا النصف الالف
الواجبة عليه ثمنا وقال محمد بينة الرهن اولى لان الرهن في شوال ينقض دعوى ذي اليد البيع
في رمضان لان فلانا اثبت ببينته اقرار البائع بالرهن في شوال فكان كالثابت عيانا ولو اقر
بذلك صريحا لم يصح منه دعوى البيع في رمضان لموضع التناقض فكذا ههنا ولهما ان البيع
اقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجبه وقد تعذر العمل بالبينتين
فيرجح الاقوى وهو البيع وكما ان المرتهن اثبت ببينته اقرار الراهن في شوال بالرهن فكذلك البائع
اثبت ببينته اقرار المشتري بالشراء منه في رمضان وذلك يمنعه من دعوى الرهن في شوال فتعارضتا
فرجحنا اقوى الحجتين قال ولو شهدا برهن وقبض واختلفا في المكان او الزمان ابطلها
اذا شهدا بالرهن والقبض المعاين واختلفا في المكان وفي الزمان فانها تقبل شهادتهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وقال محمد وهو القياس لا تقبل شهادتهما لان القبض فعل
فالاختلاف في زمانه او مكانه مانع من قبول الشهادة به كما في الغصب والقتل وهذا لان
المشهود به عند اختلافهما في الزمان والمكان يختلف اذ الفعل الموجود في هذا المكان غيره موجودا
في ذلك المكان الآخر ولهما ان القبض بحكم الرهن قد يتكرر فان الراهن لو اعاد الرهن الى يده
بغير اذن المرتهن او استعاره من المرتهن ثم اعاده الى يده فان هذا القبض الثاني هو القبض الاول
حكما حتى انه يكون مضمونا بقيمته عند القبض الاول واذا ثبت انه يتكرر التحق هذا الفعل بالقول
فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان وفيها خلاف الغصب والقتل وصار
كما اذا شهدا بالرهن واقرار الراهن بالقبض وعلى هذا خلاف الهبة والقبض والصدقة والقبض
قال واخرناها معه في البيع ه اي اخرنا الشهادة مع الاختلاف بين الشاهدين في وقت
البيع او مكانه ولا يمنع ذلك قبول شهادتهما وقال زفر يمنع لانهما شاهدان لم يتم نصاب الشهادة
على احدهما ولنا ان البيع قول والقول يتكرر فكان الثاني دلالة على ما دل عليه الاول ونصاب
كاملا على ما دل عليه القولان فيقبل قال ولو شهد بولاية امه على طلاق زوجها وهي
تجحد فقتلها وردها ه قال ابو يوسف رحمه الله اذا كانت امة بين رجلين ولها زوج فشهد
ابنا زوجها انه طلقها وهي تجحد طلاقه تقبل شهادتهما لانها شهادة عليها لا لها وقال محمد لا

تقبل لان في الشهادة ببطلانه تخليصها من حبالة الزوج فكانت الشهادة لها من هذا الوجه قال
ولو اشترى ذمي دارا من مسلم فادعاها ذمي ومسلم بشهادة ذميين تقبل لها في حقه وردها
ذمي اشترى من مسلم دارا ثم ادعاها مسلم او ذمي واقام شاهدين ذميين قال ابو يوسف تقبل في
حق الذمي دون المسلم لانهما يصلحان شاهدين على الذمي فيقضى بالاستحقاق دون رجوعه بالثمن
لان القضاء بالاستحقاق للمدعي لا يكون قضاء للمدعى عليه وهو المشتري بالرجوع بالثمن على البائع الا ترى
انا نشترط ان يقول القاضي حكمت بالاستحقاق لهذا المدعي وفسخت العقد الذي جرى بين المدعى
عليه وبين بائعه وحكمت له بالرجوع عليه ولو كان الحكم بالاستحقاق حكما بالرجوع لما احتاج
القاضي الى التصريح بذلك وهذا لان البينة قامت على كافر ومسلم فتقبل في حق الكافر دون
المسلم كشهادة ذميين بدين في تركة كافر خلف ابنين اسلم احدهما فانها تقبل على الكافر دون
المسلم وله ما ان البينة قامت على المسلم لانها اظهرت ان المسلم باع ما لا يملكه والمشتري
ههنا كالوكيل عنه في الخصومة وشهادة الذمي لا تقبل على المسلم والبينة فيما استشهد به قامت
على الميت وهو كافر والقضاء متوجه عليه لكنه لا يقضى على المسلم لانها ليست بحجة
في حقه بمنزلة اقرار احدهما بالدين فانه لا يلزم الآخر لانه ليس بحجة في حقه ٥

فصل في الشهادة على الشهادة

قال ويجوز الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة ٥ الشهادة على الشهادة
جائزة في كل حق لا يندرئ بالشبهة وهذا استحسان لمساس الحاجة اليها فان شاهد الاصل
قد يعرض له ما يعجز بسببه عن اداء الشهادة فلولا جواز الشهادة على شهادته افضى الى اداء الحقوق
ولهذا جازت الشهادة على الشهادة وان كثرت وتعددت لكن من حيث ان فيها شبهة البدلية
لم تجز فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص قال ولا يجوز من واحد ويجزيها من اثنين
وقال الشافعي يشهد على شهادة كل من الاصليين شاهدان فيكون المجموع اربعة لان كل شاهد
قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين ولان الرجلين نقلا شهادة الاصل وهو من الحقوق وقد تم على هذا الحق نصاب الشهادة
ثم شهدا بحق آخر وهو نقل شهادة الآخر واما لا تقبل شهادة واحد على واحد لما ذكرنا
ولانه حق من الحقوق فلا بد من كمال نصاب الشهادة عليه قال وصفة الاشهاد ان يقول الاصل اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه ويقول الفرع عند الاداء اشهد
ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك
اما الاول وهو كيفية شهادة الاصل فلان شاهد الفرع كالنائب عن شاهد الاصل فلا بد من التحميل
والتوكيل فلا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقل شهادته الى مجلس القضاء وقوله
اشهدني على نفسه ليس من اللوازم فان السامع اقرار غيره يحل له ان يشهد وان لم يشهد
على نفسه واما الثاني وهو كيفية شهادة الفرع عند الاداء فلانه لا بد ان يشهد بشهادة الاصل
ويذكر التحميل فانضم الحال الى ذكر الثلاثة وهذا اللفظ المذكور في الكتاب هو الوسط من
الالفاظ قال ولا تقبل من الفروع الا ان يتعذر حضور الاصول مجلس الحكم بموت او سفر او
مرض ٥ شهادة شهود الفرع موقوفة على تعذر حضور شهود الاصل الى مجلس الحكم بسبب
موتهم او بسبب غيبتهم مسيرة السفر وهي ثلاثة ايام فصاعدا او بمرضهم مرضا لا يستطيعون
معه حضور مجلس الحكم وقد اشار الى ذلك بقوله لتعذر حضور الاصول فان المرض الذي لا يتعذر
معه الحضور لا يكون عذرا وهذا لان جواز هذه الشهادة للحاجة وانما يكون الحاجة ماسة
اليها عند تعذر الاصول وعجزهم عن اداء الشهادة وبهذه الاسباب تتبين العجز ولهذا
اعتبرنا مدة السفر لان البعد هو مناط العجز ولما علق الشرع على تلك المسافة احكاما فالبعد بها علق
على الحكم ايضا وروي عن ابي يوسف انه ان كان في مكان اذا انطلق لاداء الشهادة لا يستطيع
ان يبيت في منزله صح الاشهاد احياء للحقوق وهذه الرواية اوفق وبها اخذ الفقيه ابو الليث
رحمه الله قال ويجوز تعديل الفروع الاصول ويجب سؤالهم وسؤال الحاكم عن حالهم
ا وجبه ٥ اذا عدل الفروع الاصول جاز تعديلهم لانهم من اهل التزكية فيصح تزكيتهم
ولا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم فصار كان لا مرا في ذلك منفعة راجعة اليهم من جهة
القضاء بشهادتهم الا ان العدل لا يتهم بمثل ذلك الا ترى انه لا يتهم في شهادة نفسه مع ان ذلك
موجود في ترك فسقه وصلاحه وعدالته وكذلك لو شهد شاهدان عند الحاكم فعدل
احدهما صاحبه جاز وان كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك هذا وان سكتوا عن تعديلهم يجوز
شهادتهم عند ابي يوسف وعلى الحاكم النظر في حالهم وقال محمد لا تقبل الشهادة اذا لم
يعدلوهم لابي يوسف ان شهود الفرع يلزمهم نقل الشهادة دون تعديل الشهود لانه
قد يخفى عليهم فوجب الرجوع في ذلك الى القاضي كما يرجع اليه في تعديل شهود الفرع ولانهم
لما نقلوا قول الاصول فكانهم حضروا بانفسهم وشهدوا فيسال القاضي عنهم ولمحمد
ان نقلهم الشهادة موقوف على علمهم بانها شهادة ولا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوا
العدالة فاذا لم يعرفوا العدالة لم يعرفوا الشهادة فلا يصح نقلهم لها كما لو شهدوا
على من لا يعرفون عقله واسلامه خلافهما من الزوائد قال وان انكر الاصول الشهادة ثم
ردت من الفروع ٥ وذلك لما بينا انه لا يصح شهادة الفروع الا ان يقولوا اشهدوا على

شهادتنا فاذا انكر والاصل الشهادة تضمن انكارهم عدما لا دخل في الشهادة فلا تقبل
شهادتهم مع فوات من لوازمها

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال ولا يصح الا في مجلس القضاء ه لا يصح الرجوع عن الشهادة الا في مجلس القضاء لان الرجوع فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة في اختصاصها بمجلس الحكم وانما قال مجلس القضاء لان الرجوع في مجلس القاضي الذي قبلت الشهادة عنده ليس بشرط بل في حضرة قاض كان فعلى هذا اذا ادعى المشهود عليه ان الشهود قد رجعوا عن شهادتهم عليه واراد ان يحلفهم لا يسوغ له ذلك ولا تقبل بينته ايضا عليهم لان دعواه التي يترتب عليها البينة او الاستحلاف غير صحيحة حيث ادعى على الشهود رجوعا باطلا وهو رجوعه في غير مجلس قاض ولو اقام البينة انهم رجعوا عند قاضي كذا وانه ضمنهم المال تقبل البينة لان السبب صحيح

قال وتسقط قبل الحكم بها اذا رجعوا عن شهادتهم ولم يكن القاضي حكم بها سقطت لان الشهادة لا يتعلق بها حكم ما لم ينضم اليها حكم القاضي فاذا لم تتصل بها الحكم لحق وجودها بعدمها ولان كلام الشهود الاول عارضه الكلام الثاني متناقضا والقاضي لا يبني الحكم على كلام متناقض قال وبعده لا يفسخ الحكم ويضمنون ما اتلفوه بشهادتهم ه اما الاول فلان الحكم اتصل بالشهادة واخر كلامهم متناقض اوله فلا ينقض الحكم به ولان الكلام الثاني مثل الاول في استواء الصدق والكذب لكن الاول قد ترجح باتصال الحكم والبنيه على عدم الفسخ في الزوائد واما الثاني وهو ضمانهم ما اتلفوه بشهادتهم لانهم اقروا على انفسهم بسبب الضمان وهو تسببهم في الاتلاف على طريق التعدي فلم يهدر المال اصلا كحافر البئر وواضع الحجر ولا يقال لما رجعوا علمنا ان المال سلم الى المقضي له بغير حق وتسليم مال الغير بغير موجب للضمان واجمعنا على ان القاضي لا يضمن لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجاب الضمان عليه صرف الناس عن تقلد القضاء ولذلك لا يضمن المحكوم له به لان الحكم بذلك ماض فتعين الشهود اعتبارا بالتسبيب ولا يقال شهدوا بما له تقوم فيضمنون بالرجوع كما لو شهدوا بالعتق ولا يقال انهم لم يوجد منهم الا القول ومجرد القول في ملك الغير لا يوجب الضمان لانا نقول يبطل هذا بما اذا شهدوا بالعتق او بالطلاق ثم رجعوا على انهم لما شهدوا اشهادتهم ايجاب الملك للغير فبذلك يتعلق الضمان لا بمجرد القول ثم ضمان الشهود يختص بما اذا انتقض المدعى المال دينا كان او عينا لان الاتلاف لا يتحقق دون تسبب

فانه لا مماثلة بين قبض العين والالزام بالدين قال فالاثنان كل المال واحدهما او اثنان من ثلثه او امرأتان مع رجل نصفه ه اذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به وقبضه المحكوم له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا جميع المال المشهود عليه لما مر انهما تسببا في اتلافه على وجه التعدي وان رجع احد الشاهدين ضمن النصف والاصل ان الاعتبار في الرجوع لمن بقي لا لمن رجع فلو شهد اربع بحق ثم رجع اثنان لا يلزمهما ضمان لانه بقي من يقوم ببقاء الحق وقد بقي من بقي بشهادته نصف ولو كانوا ثلثة فرجع واحد لم يضمن لما انه بقي من بقي بشهادتهما كل الحق والاستحقاق باق ببقاء الحجة والمال المتلف اذا استحق سقط ضمانه فالاولى ان يمنع وجوبه ههنا فاذا رجع معه اخر وبقي من الثلثة واحد ضمن الراجعان نصف الحق لانه بقي من بقي بشهادته نصف الحق وكذلك اذا شهد رجل وامرأتان فرجعتا ضمنتا نصف الحق لبقاء من يقوم به نصف الحق ه

قال او امرأة او تسع من عشر الربع ه اذا شهد رجل وامرأتان فرجعت احدى المرأتين ضمنت الربع لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وهو الرجل والمرأة فاذا شهد رجل وعشر نسوة فرجع منهن ثمان فلا ضمان عليهن لبقاء من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لبقاء من بقي بشهادته ثلثة الارباع وهو الرجل والمرأة قال فان رجع الكل فعليه السدس وقالا النصف وعليهن الباقي ه اذا رجع الرجل والعشر نسوة جميعا قال ابو حنيفة رضي الله عنه على الرجل ضمان سدس المال وعلى النسوة ضمان خمسة اسداسه وقالا عليه النصف وعليهن النصف لانهن وان كثرن يتنزلن منزلة الرجل الواحد ولهذا لا تقبل شهادتهن ما لم ينضم اليها شهادة الرجل وله ان شهادة كل ثنتين منهن قامت مقام شهادة الرجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فنزلت منزلة خمسة رجال فيجب على الرجل السدس وعليهن خمسة الاسداس ولو رجع العشر نسوة وبقي الرجل كان عليهن نصف الحق اجماعا اعتبارا لما بقي من بقي وهو الرجل قال ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا ضمنا خاصة هذه المسئلة زائدة والعلة ان المرأة ليست بشاهد بل هي بعض الشاهد فلا يلحق وجودها بعدمها قال ولو رجع شاهدا نكاحها بمهر المثل او اقل او نكاحه اياها بمهر مثل لم يضمنا وضمنا الزيادة واذا شهدا عليها بنكاح بمهر قاصر ثم رجعا لا يضمنان لها النقصان ه اذا شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمهر مثلها ثم رجعا لم يضمنا لانهما لم يتلفا عليها بشهادتهما شيئا وكذلك لو شهدا باقل من مهر المثل لان خروج البضع من ملك المرأة غير متقوم بدليل انها لو زوجت نفسها وهي مريضة باقل من مهر مثلها لم يجب لها كمال المهر ولا يكون ذلك بمنزلة ما لو باعت في مرضها شيئا باقل من ثمنه وانما

تفت

هذه

صير منافع البضع متقومة بواسطة التملك لانه خطير المحل وكذلك لو شهدا على رجل بتزوج
امراة بمهر مثلها ثم رجعا لم يضمنا لان ذلك اتلاف بعوض لان البضع متقوم حال
دخوله في ملك الزوج والاتلاف بعوض كلا اتلاف لان الضمان مبناه على المماثلة ولا
مماثلة بين الاتلاف بعوض وفي الاتلاف بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا
الزيادة على قدر مهر المثل لانهما اتلفاها بشهادتهما من غير عوض وذكر صاحب المنظومة
في باب ابي يوسف لو استوا نكاحها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما اخسوا وقال في المختصر
اذا ادعى نكاحها على مائة وقالت تزوجني على الف ومهر مثلها ذلك فاقام شاهدين على مائة
فقضى بذلك ثم رجعا بعد الدخول ضمنا لها تسعمائة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يضمنان لها شيئا لان الزوجين اذا اختلفا في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها
فكان يقضي لها بالالف لولا هذه الشهادة فهما اتلفا عليها تسعمائة وعند ابي يوسف القول
قول الزوج فلم يكن منهما على قوله اتلاف شيء عليها والمذكور في المبسوط والهداية وغيرهما
ان الشهود لا يضمنون عندنا خلافا للشافعي فيجوز ان يكون في المسئلة اختلاف الروايات
وبعض اصحابنا يرى ان المذكور في الهداية هو الصحيح قال او بالبيع بمثل القيمة او اكثر
لم يضمنا او باقل ضمنا النقصان ش رجلان شهدا على بيع شيء بمثل القيمة او اكثر من القيمة
ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانهما لم يتلفا شيئا لانه لم يخرج من ملكه شيء الا وقد عوضاه
مثله او اكثر منه والضمان انما يجب لاجل الاتلاف وان كانا شهدا بالبيع باقل من القيمة
ثم رجعا ضمنا النقصان لانهما قد اتلفا عليه جزءا من المبيع من غير ان يقابله شيء فيلزمهما ضمانه
قال او بطلاق قبل الدخول ضمنا نصف المهر وبعده لم يضمنا ش هاتان مسئلتان الاولى
رجلان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها وجب عليهما ضمان نصف المهر
لانهما قررا عليه ضمانا كان يجوز تخلصه منه الا ترى انه يجوز ان ترتد امراته او تقبل ابن زوجها
فيسقط جميع المهر عنه فلما شهدا عليه بالطلاق قررا ما كان يمكن خلاصه منه فيلزمهما الضمان
وطريقة اخرى ان الطلاق عندنا قبل الدخول يسقط جميع المهر كهلاك المبيع قبل القبض
يسقط الثمن وانما يجب لها نصف المهر ابتداء على طريق المتعة فقد الزمه الشاهدان مالا
لم يكن واجبا فصار كانهم شهدوا عليه بمال ثم رجعوا فيلزمهما الضمان المسئلة الثانية
اذا شهدا انه طلق زوجته بعد الدخول لم يضمنا لان شهادتهما تضمنت خروج البضع عن
ملكه ومنافع البضع غير متقومة في الخروج فلم يتلفوا عليه شيئا لانهما شيئا له قيمة
ولا قررا عليه بشهادتهما ضمانا كان يجوز تخلصه عنه فلم يلزمهما شيء قال او باعتاق

ضمنا القيمة ش اذا شهدا بعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما ازالا ملكه عن العبد
بغير عوض فقد اتلفاه عليه فيضمنان قيمته والولاء للمالك لانها لا ان العتق لا ينتقل اليهما بالضمان
لانه لا يقبل الفسخ قال او بقصاص بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما ش رجلان
شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي عليهما القصاص
ان قالا تعمدنا وان رجع ولي القصاص فهو الذي باشر عليه القصاص والشاهد مع الولي كالممسك
مع القاتل او كالشريك منه في مذهبه وجهان وكذلك المزكي اذا رجع كالممسك مع المباشر
فيه وجهان ايضا احدهما لا يتعلق به ضمان ولا قصاص لانه لم يتعرض للمشهود عليه وانما اثنى
على الشاهد والحكم انما يقع بشهادة الشاهد فكان كالممسك مع القاتل وثانيهما الكلام الاول
التعلق لان التزكية يلحق القاضي الى الحكم المفضي الى القتل وفيه وجه ثالث في مذهبه انه يتعلق
به الضمان دون القصاص وجه قوله في مسئلة الكتاب انهم الجوا الحاكم بسبب شهادتهم
الى الحكم بالقتل فاذا قتل اضيف الى فعلهم فنزلوا منزلة المكره وهذا اولى لان الولي يعان
والمكره يمتنع ولنا انه لم يقتلوا مباشرة ولا تسبيبا ايضا لان التسبيب ما يفضي الى الحكم
غالبا وليس كذلك ههنا بل الظاهر عدم الافضاء نظرا الى ان العفو عن القصاص
مندوب اليه وان المسلم شاكر على فعل المندوبات لما له في مقابلتها من الثواب وهذا بخلاف
المكره لانه يسلب الاختيار وجب اضافة الحكم اليه وههنا تخلل فعل الفاعل المختار
اوجب قطع النسبة فادرنا على انه لا يعرى هذا المقام عن الشبهة الدارئة للحد فيجب
المال دون القصاص والسمع على خلاف الشافعي من الزوائد قال ولو رجع الفروع
ضمنوا ش لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم والضمان
على المتلف قال او الاصول وقالوا ما اشهدناهم لم يضمنوا وان قالوا اغلطنا ضمنوا هم
او الجميع ضمن الفروع وخير المشهود عليه في تضمين من شاء ش هذه ثلث مسائل الاولى
اذا رجع شهود الاصل عن شهادتهم وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا
لا ضمان عليهم لانهم انكروا سبب وجوب الضمان وهو الاشهاد ولا يبطل ما قضى
القاضي بشهادة شهود الفرع لان انكارهم خبر يحتمل الصدق فصار ذلك كرجوع الشاهد
بخلاف ما قبل القضاء حيث يتعارض الخبران الثانية اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا قال
ابو حنيفة وابو يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء قد وقع بشهادة الفروع بنقلوا شهادة
الاصول فصار كان الاصول حضروا مجلس الحاكم وقوله غلطنا ليس بمذكور في المنظومة وهو
مذكور في القدوري والهداية ولا بد منه ليقطع التفرقة بين دعوى الاشكال والغلط

الثالثة اذا رجع الاصول والفروع جميعا قال ابو حنيفة وابو يوسف ضمن شهود الفروع
خاصة لوقوع القضاء بشهادتهم وقال محمد المشهود عليه مخير بين ان يضمن شهود الاصل
وبين ان يضمن شهود الفرع لان القضاء وقع بشهادة الفروع لما ذكرنا وبشهادة الاصول لما
ذكر هو فيتخير ولما اختلفت الجهتان لم يمكن الجمع في الضمان فوجب التخيير قال وان قال
الفروع كذب الاصول او غلطوا لم يعتبر لان القضاء ما مضى بقولهم فلا يكون قولهم موثرا في نقضه
بدعواهم الكذب والغلط في شهادة الاصول ولا ضمان على شاهدي الفروع لعدم الرجوع منهم
ودعواهم هذه دعوى الرجوع على غيرهم قال والمزكون يضمنون بالرجوع قال ابو حنيفة
رضي الله عنه اذا رجع المزكون عن تزكيتهم ضمنوا وقالا لا ضمان عليه لانهم اثنوا على الشهود خيرا
فنزلوا منزلة شهود الاحصان وله ان الشهادة لا تصير شهادة الا بعد تزكيتهم فكان شهادتهم
في معنى علة العلة اما شهود الاحصان فشرط محض واثبات الخلاف من الزوائد قال ويضمن
شهود اليمين لا الشرط برجوعهم ش اذا شهد شاهدان انه علق عتق عبده بشرط او علق
طلاق امرأته قبل الدخول بشرط وهذا القيد وهو قولنا قبل الدخول لا بد منه لانه قد مضى
في اول هذا الباب انهم اذا رجعوا بعد الدخول لم يضمنوا وانما يضمنون اذا رجعوا عن شهادتهم
بالطلاق قبل الدخول وشهد شاهدان اخران بان الشرط الذي علق عليه العتق او الطلاق قد وجد
وقد نزل المعلق وحكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هو السبب
والتلف انما يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي انما يقضي بشهادة اليمين
دون شهادة الشرط قال ولو شهدا على شهادة اثنين واخران على اربعة ثم رجعوا
يضمن الاولان ثلثه والاخران ثلثيه وجعلاه نصفين قال ابو يوسف رحمه الله اذا شهد شاهدا
على شهادة شاهدين بالف وشهد شاهدان على شهادة اربعة بذلك الحق وحكم بشهادتهم
فاستوفى المقضي له ثم رجعوا فثلث الضمان على الشاهدين عن الاصلين وثلثاه على الشاهدين
عن الاربعة لان الحكم جرى بشهادة الاصول والفروع نقلوا تلك الشهادة بامرهم فقاموا مقام
كل فريق بامر مقام اصله فيجب من الضمان على فروع الاربعة ضعف ما يجب منه على فروع الشاهدين
وقال محمد يجب نصفه على هذين ونصفه على هذين لان القضاء وقع بشهادة الفروع الموجودة
بين يدي القاضي على ما مر قال او اثنان على اثنين واخران على اخرين ورجع من كل فريق واحد
يضمنا ربعه لا ثمنين ونصفا ش اعلم ان المعتبر في الضمان بقاء من بقي لا رجوع من رجع
لان ما وجب ضمانه باعتبار بقاء من بقي اقل منه باعتبار رجوع من رجع فلا يثبت المشكوك
فيه ونحن نذكر فصلين يوضحان هذه المسئلة الاول اذا شهد شاهدان على شهادة اثنين

الراجع من

بالف وشهد اخران على شهادة واحد بذلك الالف ثم رجع من كل فريق واحد فانهما
يضمنان ثلثة اثمان الالف بينهما اثلاثا ثمنان على الشاهدين على الاصلين وثمن على الراجع من
شاهدي الاصل الواحد لان فرعي الاصلين شهدا بكل الحق لاستغنا شهادتهما به عن ان
ينضم اليها شيء وفرعي الاصل الواحد شهدا بنصفه داخلا في النصفين جميعا لان شهادتهما
تصير كشهادة مثلهما والاصل الى شهادتهما واذا كانا شاهدين بالنصف داخلا في النصفين
كان كل منهما شاهدا بالربع داخلا في النصفين فبقي الثمن بقا احدهما والنصف بقا الذي
لم يرجع من ذلك الفريق لكون كل منهما شاهدا نصف الحق فبقا بقا من لم يرجع منهما النصف والراجع
من فرعي الاصل شاهد بربع الحق داخلا في النصفين فثمنه داخل في النصف الثابت بشهادة الباقي
من الفريق الاول وقد بقي ببقائه والثمن الاخر في النصف الاخر فكان الباقي من المال خمسة اثمانه
اربعة اثمان بقا الذي لم يرجع من الفريق الاول وثمن لما وجب برجوع فرعي الاصل داخل في هذا النصف
فلم يظهر اثره والثمن الاخر في النصف الاخر فظهر اثره فكان الباقي خمسة اثمان المال فكان الفايت
ثلثة اثمان المال ثمنان على الراجع من فرعي الاصلين وثمن على الراجع من فرعي الاصل لان ذلك ثبت ضعف
ما ثبت هذا وقد اعترفا برجوعهما انهما مبطلان في ذلك فيضمنان الثلث اثلاثا الفصل الثاني
ان رجع احد الشاهدين على شهادة شاهدين لا غير يجب عليه ضمان ربع المال لانه بقي من الحجة ما
يقوم بثلثة ارباع الحق لما مر ان كل واحد من فرعي الاصلين شاهد نصف المال لانهما شهدا
بكل المال والفريق الثاني يثبتان نصف المال داخلا في النصفين وكان ربعه داخلا في النصف
الثابت ببقاء من لم يرجع من فرعي الاصلين فلم يظهر اثره لانه اثبات الثابت والربع الاخر في
النصف الاخر فظهر اثره فقد بقي بهم ثلثة ارباع الحق وفات ربعه فضمنه الراجع اذا عرف
ذلك قال ابو يوسف اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين بالف وشهد اخران على شهادة
اخرين به ثم رجع من كل فريق واحد ضمن الراجعان نصف المال لان المال ثابت بشهادة الاربعة
وقد بقي منهم اثنان لو شهدا ابتداء لم يثبت بشهادتهما شيء فصارا بمنزلة شهود الزنا وثم لو
رجع اثنان يضمنان النصف فكذا هذا وقال محمد يضمنان ربع الالف ونصف ثمن الالف لان
الباقي ببقاء من لم يرجع خمسة اثمان الالف ونصف ثمن بما ذكرت فالتالف ثمنان ونصف ثمن فيضمنانه
وهذا لان الباقي من الحجة ههنا اضعف من الباقي منها في الفصل الثاني واقوى من الباقي منها
في الفصل الاول لان الباقي منها في الفصل الثاني يمكن اكماله بثلثة طرق اما بشهادة اصل واما
ان ضم اليه من بقي من فرعي الاصلين شاهد على احد اصليه واما ان ينضم اليه من يشهد على شهادة اصله
الاخر والباقي من الحجة في الفصل الاول لا يمكن اكماله الا بطريق واحد وهو ان ينضم الى الباقي من فرعي

الاصلين واحد شهد على شهادة اصليه وفي مسئلتنا امكن اكمال الباقي من الحجة بطريقين احدهما
ان يضم الى الباقي من الفريق الاخر مثله وهو واحد يشهد على اصليه ثبت ان الباقي من الحجة ههنا
اقوى من الباقي منها في الفصل الاول لان الاكمال ههنا بطريقين وهناك بطريق واحد واضعف
من الباقي منها في الفصل الثاني لان الاكمال هناك بثلث طرق وههنا بطريقين فوجب ان يكون
الباقي من المال بقدر ما بقي من الحجة هنا اكثر مما بقي في الفصل الاول واقل مما بقي الباقي في
الفصل الثاني وما اثبته الحجة في الفصل الثاني وما اثبته الحجة في الفصل الاول خمسة اثمان
المال وما اثبته في الفصل الثاني ثلثة ارباع المال وهي ستة اثمان الالف فكان الباقي ههنا خمسة
اثمان الالف ونصف ثمن الالف بالضرورة ليكون اكثر من ذلك واقل من هذا واذا كان الباقي
هذا كان التالف ثمنين ونصفا فضمنتها الراجعان وهذه المسئلة تسمى مسئلة الاسكفة وهي عتبة الباب
قال ابن سماعة كر علينا محمد بن الحسن رحمه الله هذه المسئلة ثم قال افهمتم فقلنا نعم ثم قمنا من عنده
فلم يصل احدنا الى اسكفة الباب ه و

كتاب القسمة

وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لانه صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم وفي المواريث
وجرى التوارث بها من لدن زمنه صلى الله عليه وسلم من غير نكير فكانت ماضية وفي القسمة معنى
المبادلة والافراز اما المبادلة فلان الحاصل لاحدهما قبل القسمة مشترك بعضه له وبعضه لصاحبه فبعد
القسمة يأخذ نصيب صاحبه الحاصل في نصيبه عوضا عما بقي له في نصيب الاخر واما الافراز فظاهر
الا ان معنى الافراز فيما هو مكيل وموزون اظهر ومعنى المبادلة في الحيوان والعروض اظهر بناء
على اختلاف المقاصد فيها لظهور التفاوت فيها واتحادها في مثلي لعدم التفاوت ولهذا
فان احدهما يجوز له ان ياخذ نصيبه من المكيل او الموزون عند غيبة صاحبه ويجوز له اذا اشتركا
في شرائه ثم اقتسماه ان يبيعه مرابحة على نصف الثمن ولا يجوز ذلك في الحيوان ولا في العروض ومن
الاعيان اذا اتحد جنسها فطلب احد الشركاء القسمة اجبر القاضي على القسمة لان الطالب يسأل القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الاخر عن الانتفاع به فيجب على القاضي اجابته والمبادلة مما يجري
فيها الجبر كما في قضاء الدين وان اختلف اجناسها لا يجبر القاضي على القسمة لتفاحش التفاوت في المقاصد
فان تراضوا على قسمتها جازت بتراضيهم لان الحق لهم قال وينصب القاضي قاسما عدلا امينا
عالما بالقسمة يرزقه من بيت المال والاجرة وهي على عدد الروس وقالا الانصباء ه ينبغي للقاضي ان ينصب
للناس قاسما يقسم بينهم ويجب ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لان ذلك من عمل القضاء فيشترط فيه
ما يشترط فيه وانما شرط العلم بالقسمة لان القدرة على القسمة تعتمد العلم بها والقسمة تعتمد القدرة

وانما شرط الامانة لان القاضي والمقاسمين يعتمدون على قوله فيشترط امانته لتطمئن القلوب اليه
وانما يرزق من بيت المال لان القاسم بواسطة القسمة يقطع المنازعة بين الخصوم فكانت القسمة
شبيهة بالقضاء ويرزق من بيت المال كما يرزق القاضي ولان منفعة القسمة راجعة الى العامة فكان رزق
القاسم من بيت مالهم ليكون الغرم بالغنم وان لم يفعل ذلك نصب قاسما يقسم بين الناس باجرة لاختصاص
نفع القسمة بهم ويقدر القاضي اجرته كيلا يتحكم عليهم بالزيادة والافضل ان يرزق من بيت المال
لكونه ارفق بالناس وابعد من التهمة ثم الاجرة تجب على المقاسمين على عدد رؤسهم عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقالا على قدر الانصباء حتى اذا كانت دار بين ثلثة نفر لاحدهم النصف وللاخر الثلث وللاخر
السدس وقسمها بينهم باجرة قسمت الاجرة عند ابي حنيفة اثلاثا على كل واحد ثلثها وقالا على قدر
الملك اسداسا ثلثة اسهم من ستة على صاحب النصف وسهمان من ستة على صاحب الثلث وسهم
على صاحب السدس لان الاجرة مؤنة الملك فتجب على مقدار الملك لان المؤنة تبع له وصار كاجرة
الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك وله ان الاجرة وجبت في مقابلة تمييز الحقوق
بعضها من بعض وهذا عمل لا تفاوت فيه فان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل ولو قسمت
دنانير بين رجلين اسداسا لاحدهما السدس وللاخر خمسة الاسداس فميزت دانقا ودفعته الى
صاحب السدس ودفعت الباقي الى الاخر فالعمل في تمييز دانق من دينار هو عين العمل في تمييز خمسة
الاسداس من دينار فاذا استوى عمله لهما واستحق الاجرة في مقابلة عمله وهما سواء في وجوب الاجرة
عليهما فوجب ان يستوي مقادير الواجب عليهم اجرة على ان بعض العلماء قال المشقة في افراز الاقل من
الاكثر فوق المشقة في افراز الاكثر من الاقل لافتقار الاول الى تدقيق في الحساب لا يفتقر اليه
هذا بخلاف حفر البئر لكون الاجرة مقابلة بنقل التراب وهو متفاوت واما الوزن والكيل
فان كان للقسمة فعلى الخلاف واحد والا فالاجرة فيها مقابلة بعملهما وهو متفاوت وعن ابي حنيفة ان
الاجرة على طالب القسمة لانتفاعه بها دون الممتنع لتضرره قال ولا يجبر الناس على قاسم ه
اي لا يجبر القاضي الناس على ان يستاجروه لان الجبر لا يجري في العقود ولان تعيينه يفضي الى التحكم
في الزيادة على اجر مثله وفي ذلك ضرر بالناس ومتى اصطلحوا فاقتسموا جاز الا ان يكون فيهم صغير
فيفتقر الى امر القاضي لعدم ولايتهم عليه قال ويمنعون عن الشركة ه لان القسام متى
اشتركوا توكل بعضهم ببعض فكثرت الاجرة وغلت واذا امتنعوا عن الشركة بادر الواحد منهم خوف
الفوت فترخص الاجرة ففي منعهم من الشركة رعاية مصلحة الناس قال واذا حضر شركاء وفي
ايديهم عقار فادعوا انه ارث وطلبوا القسمة فهي موقوفة على البينة بالموت وعدد الورثة وما لا تقسم
باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة ذلك كما في غير العقار وعقار ادعوا شراءه وملكه مطلقا

اذا احضر جماعة الى القاضي وفي ايديهم عقار فادعوا انهم ورثوه من فلان لم يقسمها القاضي
عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة ان مورثهم مات وعلى عدد ورثته وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها القاضي
باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بينهم بقولهم وقاس في المتن قولهما على صورتين يجمع عليهما
بينهما على العلة ونعرفها بحكمهما احدهما اذا كان المشترك بالارث ما سوى العقار فانه يقسمه بينهم بقولهم
اجماعا والثانية اذا كان في ايديهم عقار ادعوا انهم اشتروه فانه يقسم بينهم بقولهم اجماعا
لهما ان اليد دليل الملك وعقدهم وانما نفيهم بمنعهم عن الكذب ولا منازع لهم فيه لتمكن اقامة البينة
عليه لان البينة لا تقام الا على المنكر ولا منكر فيقسم بينهم كما في المنقول الموروث وكما في العقار المشترك
في غير الارث وانما يذكر القاسم في كتاب القسمة انه قسمها بينهم باعترافهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم
ولا يتعدى الى شريك لهم اخر وله ان الارث ضمن اقرارهم بالملك للمورث وانه اسقط البعض
فكان الحكم بالقسمة حكما على الميت لان التركة باقية على ملكه حكما قبل القسمة ولهذا فانه لو حدث الزيادة
فيها ينفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضا على الميت لم يكن اقرارهم
حجة عليه فلا بد من البينة واقامة البينة ههنا مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن الميت ولا يقدح
في ذلك اقراره كما في الوارث والوصي يقران بالدين فانه يقبل البينة عليهما مع اقرارهما وصار كما لو حضر منازع
نازعهم في التركة وهذا بخلاف المنقول الموروث وكان القياس يقتضي ان لا يقسم بدون البينة الا
انا استحسنا ذلك لحاجة الماسة الى حفظ المنقول فان العقار محفوظ بنفسه والمنقول مضمون على
من وقع في يده ولا كذلك العقار عند ابي حنيفة وبخلاف العقار الذي ادعوا شراه لان المبيع لا
يبقى على ملك البايع سوا قسم او لم يقسم فلم يكن اقرارهم به اقرارا بالملك للغير فلم يكن القسمة قضا على
الغير باقرارهم وذكر ابو نصر البغدادي شارح القدوري رحمهما الله رواية الجامع الصغير
فيما اذا ادعوا شرا العقار انه لا يقسم الا بالبينة على الملك وذكر صاحب الهداية هذه الرواية
فيما اذا كان في ايديهم عقار ادعوا انه ملكهم ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم ولم يذكروا في الشرا
فلا بالنقال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضا على
الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم قال وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض
ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال
ان يكون لغيرهما قال ثم قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان
قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليها وقسمة الملك يفتقر الى قيام الملك ولا ملك فامتنع الجواز
والمذكور في المتن هو رواية كتاب القسمة وهو المذكور في مختصر القدوري قال او وارثان
في يدهما عقار ومعهما غائب او صبي وبرهنا على الوفاة وعدد الورثة قسم بطلبهما ونصب عن الغائب او

الصبي من يقبض نصيبه او مشتريان ومعهما غائب او كان العقار في يد الغائب او كان الطالب واحدا لم
يقسم ش هذه مسايل الاولى اذا حضر وارثان فادعيا انهما وارثا العقار الذي في ايديهما ومعهما
وارث اخر غائب او معهما صبي واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة فان العقار يقسم بطلبهما وينصب
القاضي عن الغائب وكيلا وعن الصبي وصيا يقبض نصيبهما لان في ذلك نظرا للغائب والصبي ولا
بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده خلافا لهما كما مر في الصورة الاولى والبينة على حكم الصبي
زايد المسئلة الثانية اذا حضرا وطلبا القسمة وفي ايديهما دار ادعيا شراها ومعهما مشتر اخر
غايب لم يقسم بطلبهما والفرق بين المسئلتين ان ملك الوارث ملك خلافة عن المورث حتى يرد هو
بالعيب ويرد بالعيب كما كان المورث اشتراه ويصير مغرورا بشرا المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والاخر خصم عن نفسه فكانت القسمة قضا على الخصمين الحاضرين
فصح اما الملك الثابت بالشرا فملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلم يصلح الحاضر خصما
عن الغايب فلم يكن القضا بحضرة الخصمين فلم يصح المسئلة الثالثة اذا كان العقار في يد الغايب الوارث
لم يقسم وكذلك لو كان شي منه في يده او يد مودعه او يد الصبي الوارث لانه لو قسم يكون القسمة
قضا على الغايب وقضا على الصغير باستحقاق يدهما من غير خصم عنهما والمودع ليس بخصم فيما يستحق عليه والقضا
من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذه الصورة بين اقامة البينة وعدمها اما منها هو الصحيح المسئلة الرابعة
اذا كان الطالب للقسمة وارثا واحدا وشريكه غايب فاقام هذا الحاضر البينة لم يقسم لانه لا بد
من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما ومقاسما ومقاسما ولو كان احد الحاضرين صغيرا
نصب القاضي عنه وصيا وقسم عند اقامة البينة لما مر قال وان انتفع كل بنصيبه
قسم بطلب احدهم ش اذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه اذا قسم وطلب احدهم القسمة
قسم لان القسمة حق لازم فيما يحتمل القسمة عند طلب احدهم على ما مر قال وان انتفع
واحد لكثرة نصيبه واستضر الاخر لقلته قسم بطلب المنتفع وحده لان صاحب الكثير ينتفع بالقسمة
فيعتبر طلبه وصاحب القليل اذا طلب القسمة كان متعنتا فيها فلم يعتبر طلبه وقيل الحكم على عكس هذا
ان طلب صاحب القليل قسم وان طلب صاحب الكثير لم يقسم لانه يريد الاضرار بصاحب القليل
فلا يعتبر وصاحب القليل راض بضرر نفسه ذكره الجصاص وذكر الحاكم في مختصره انه يقسم بطلب كل
منهما والصحيح ما ذكرناه في المتن قال وان استضروا مع اصغيهم ش اذا كان كل الشركا
يستضر بالقسمة لصغر نصيبه لم يقسمها بينهم الا بتراضيهم لان الجبر في القسمة انما شاع لتكميل
المنفعة وفي هذه القسمة تفويتها اما اذا تراضوا فالحق لهم فهم اعرف بانفسهم والقاضي انما يقضي
بالظاهر قال ويقسم العروض المتحدة الجنس ولا يقسم المختلفة الا بالتراضي اما الاول فلان عند

اتحاد الجنس يتحد المقاصد فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة واما الثاني فلان
الجنس لا يختلط بعضه في بعض بسبب التفاوت واختلاف المقاصد فلا يكون قسمتها تمييزا بل معاوضة
ولا بد في المعاوضة من التراضي ويقسم القاضي كل مكيل وموزون كثير وقليل وكذلك المعدود المتفاوت
وتبر الذهب والفضة وتبر النحاس والحديد والابل وحدها وكذلك البقر والغنم ولا يقسم شاه وبعيرا وحمارا
وفرسا ولا يقسم الاواني لان الاواني ان كانت باعتبار جنسا واحدا لكن احداث الصنعة الحقتها الاجناس
المختلفة ويقسم الثياب الهروية الجنس ولا يقسم ثوبا واحدا لحوق الضرر بواسطة القطع ولا يقسم
ثوبين اختلفت قيمتهما لا لحاقهما الاجناس المختلفة قال والرقيق لا يقسم كالجواهر ش قال ابو حنيفة
رضي الله عنه لا يقسم العبيد بعضهم في بعض وقالا لا يقسم اذا طلب احدهما لان العبيد جنس واحد
فصار كالابل والخيل والغنم ورقيق المغنم وله ان الخبر التفاوت في الادمي الحق المتحد منه بالمختلف الجنس
وهذا لان معظم منافع الانسان يتعلق بما فيه من المعاني الباطنة التي لا اطلاع عليها فامتنع التعديل بخلاف
الحيوانات فان التفاوت في الجنس الواحد منها قليل فان معظم منافعها بظواهر صفاتها وانه مما يمكن
الاطلاع عليه ولهذا فان الذكر والانثى منها يعد جنسا واحدا وفي بني ادم جنسين حتى لو اشترى نسمة على
انها عبد فكانت امة او بالعكس لم ينعقد البيع اصلا ولو اشترى فرسا او جملا على انه ذكر فكان انثى ينعقد
البيع ويثبت الخيار وانما قال كالجواهر لان الصحيح ان الجواهر لا يقسم جبرا في قولهم جميعا وقيل انه
على الخلاف في الرقيق وجه الصحيح ان التفاوت بينها افحش وكانت الجهالة فيها اشد فامتنع التعديل ويدل
عليه انه لو تزوج امراة على لؤلؤة او ياقوتة تبطل التسمية ويجب مهر المثل ولو تزوجها على عبد صحت التسمية
ويتخير الزوج بين اعطائها وسطا وبين دفع القيمة قال ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحى لان قسمة ذلك
تشتمل على الضرر بين الجانبين فانه لا يبقى كل منهما منتفعا بنصيبه الانتفاع المقصود منه فلا يقسم
جبرا فان تراضوا على ذلك فهم متصرفون في حقوقهم فيجوز قال والدور المشتركة في مصر تقسم
كل على حدة كالدار والضيعة او دار وحانوت واجاز قسمة بعضها في بعض ان كان اصلح ش اذا كان رجلان
داران في مصر واحد وطلبا من القاضي قسمتها فانه يقسم كل دار منهما على حدة ولا يقسمها قسمة
واحدة بجمع نصيب احدهما في احداهما الا بتراضيهما عند ابي حنيفة وقالا ان راى القاضي ان الاصلح لهم
قسمة بعضها في بعض يقسمها بينهم كذلك وعلى هذا الخلاف الاراضي المتفرقة المشتركة لهما انهما
جنس واحد في الاسم والصورة نظرا الى اصل السكنى وهما جنسان معنى نظرا الى وجوه السكنى والمقاصد
نحو القرب من المسجد والماء والامن وصلاح الجيران وغير ذلك فكان الترجيح مفوضا الى راي القاضي
وله ان الدارين يتفاوتان ظاهرا ويختلفان اختلافا فاحشا باختلاف المحال والجيران والقرب من
المسجد والماء فامتنع التعديل في القسمة ولهذا فانه لو وكله بشراء دار لم يصح كما لا يجوز التوكيل

بشراء ثوب وكذلك لو تزوجها على دار لم يصح كما لو تزوجها على ثوب وصار كالدار والضيعة او الدار
والحانوت ونبه في المختصر على حكم ذلك وعلى تعليل الامام والعلة اختلاف الجنس فالجامع بين المقيس
والمقيس عليه الحاق الاختلاف المعنوي باختلاف الصوري فان التفاوت المانع من القسمة والتعديل
لا يختلف باختلاف التفاوت في الصورة والمعنى وقد ذكر الخصاف ان الدار والحانوت جنسا
هو المذكور وقال في الاجارات في الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا دليل على
انهما جنس واحد ويحمل ذلك على ان في المسئلة روايتين وعلى ان حرمة الربا هنا لك مبنية على
شبهة المجانسة قال فان تراضوا بقسمتها فهي بيع ش قال الامام رضي الله عنه اذا تراضوا ان
يقتسموا الدور بينهما بتراضيهما فذلك بيع معناه ان احدهما صار كانه باع من شريكه نصيبه من ملك
الدار بنصيب شريكه من هذه الدار وقالا اذا راى القاضي ان الاصلح قسمتها جملة فقسمها بتراضيهما لم يكن
بيعا لان القاضي يملك هذه القسمة بغير تراضيهما عندهما قال ولو وجد المشتري نصيب احدهما
معيبا بعد ما بيع فيه يرجع بنقصانه ويرجع على شريكه ش اذا اقتسما دارا فباع احد الشريكين
نصيبه فبنى فيه المشتري ثم وجد به عيبا فلم يتمكن من الرد بسبب هذه الزيادة ورجع بنقصان
العيب عليه لم يرجع هو على شريكه بما ضمن للمشتري وقالا يرجع عليه وهذه مبنية على الاختلاف في مسئلة
الدعوى اذا باع جارية ثم باعها المشتري من اخر فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل فاخذها واخذ
قيمة الولد يرجع على البائع بالثمن وبقيمة الولد والبائع يرجع على بائعه بالثمن لا غير عند ابي حنيفة
وعندهما وبقيمة الولد وقد مرت في الفصل الاخير منه قال ولو استحق بعض
معين من نصيب احدهما لم يفسخ او شايع في الكل فسخت او في نصيب احدهما فله الرجوع في
نصيب الاخر وقالا لا يفسخ وابو يوسف في الاصح ش هذه مسائل الاوليان زائدتان وفائدتان
اثبتهما تصحيحا للخلافية فان المقدوري رحمه الله قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه
لم يفسخ القسمة عند ابي حنيفة ويرجع بحصته من ذلك من نصيب شريكه وقال ابو يوسف ومحمد
يفسخ القسمة فذكر الخلاف فيما اذا استحق نصيب معين قال صاحب الهداية رحمه الله وهكذا
ذكر الخلاف في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شايع من نصيب
احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا يفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل
يفسخ القسمة بالاجماع فهذه ثلث اوجه قال ولم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان
مع قول ابي يوسف وذكره ابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح وقد سبق كذلك نقلت
رواية محمد للامام في الاصح والقرينة السابقة وهي قولنا وقالا لا يفسخ يعرف ان الموافقة
مع ابي حنيفة فان ضمير التثنية كناية عن ابي يوسف ومحمد لابي يوسف ان باستحقاق البعض الشايع

في نصيب احدهما ظهر شريك ثالث والقسمة بدون رضاه لا يصح كما اذا كان الاستحقاق في بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق نصيب شايع لا يتحقق الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين ولهما ان الافراز غير معدوم باستحقاق الجزء الشايع من نصيب احدهما الا يرى انهما لو اقتسماها هكذا في الابتدا جازت القسمة فكذلك في الانتها كما اذا كان النصف المقدم من الدار مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر منها لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من النصف المقدم وربع المؤخر فانه يجوز وصار كاستحقاق جزء معين بخلاف الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة تضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هاهنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا وصورته وصورة المسئلة رجلان اقتسما دارا بالتراضي اثلاثا الثلث المقدم من الدار لاحدهما والثلثان المؤخران للاخر وقيمة الثلثين كقيمة الثلث ستماية درهم فاستحق نصف الثلث المقدم شايعا لا تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ولكنه ان شا فسخ واستانف القسمة وان شا رضي بعيب الشركة فيرجع على شريكه صاحب الثلثين بربع ما في يده وقال ابو يوسف تبطل القسمة ويستانفانها بينهما وقد تقدم ان محمدا مع ابي حنيفة في رواية ابي حفص وهو الاصح ومع ابي يوسف في رواية ابي سليمان فابو يوسف يقول اذا استحق نصف الدار كلها شايعا بطلت القسمة فكذا اذا استحق نصف نصيب احدهما وهما يقولان ان هذا الاستحقاق لم يوجب شيوعا في نصيب الاخر فلا تفسخ القسمة كما في استحقاق بعضه مقسوما معينا بخلاف استحقاق نصف الجملة شايعا لظهور الشريك الثالث المتضرر بانقسام نصيبه في النصيبين لولا القسمة وانما يرجع بربع ما في يده لانه لو استحق كل ما في يده رجع بنصف ما في يد الشريك فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهذه المسئلة مذكورة في باب ابي حنيفة مع ابي يوسف في المنظومة وقد احررت بذكرها مخلا عن التفصيل ه

فصل في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها

قال ـــ وينبغي ان يصور ما يقسمه ويعدله ويذرعه ويقوم بناه ويفرد كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب نصيبا بالاول والاخر بالثاني وهلم جرا ويقرع فمن خرج اسمه اولا اخذ الاول وهكذا اما التصوير فليتمكن من حفظه واما التعديل وهو التسوية على سهام القسمة فليقطع عن غيره واما الذرع فليعرف مقداره واما تقويم البنا فلكونه محتاجا اليه في الاخرة واما افراز كل نصيب بطريقه وشربه فليقطع تعلقه بالاخر فيتحقق معنى القسمة بانقطاع المنازعة عن الحال ثم يلقب نصيبا منها بالاول وثانيا بالثاني واخر

بالثالث وهلم جرا ويقرع اي يكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا اخذ النصيب الملقب بالاول ومن خرج ثانيا فله الثاني هكذا والاصل ان ينظر في اقل الانصباء فان كان ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا وهذه القرعة لتطييب القلب وازالة تهمة ميل القاضي الى احد الشركا حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير ان يقرع جاز لان ذلك في معنى القضا فيصح الالزام به وقد قال ابو حنيفة رضي الله عنه القرعة لا تصح في القياس لانها تمليك معلق بخطر لانها اذا خرجت على سهم ملكه وانقطع حق الباقين عنه والقرعة لا تصح في اسقاط الحقوق وايجاب الملك لكنا عدلنا عن القياس الى الاستحسان وهو الاخذ بالاثار والسنة فان السلف رحمهم الله استعملوا القرعة في القسمة من غير نكير وروي انه عليه السلم لما فتح خيبر جعلها اسهاما وضرب لكل فريق سهما قال ـــ ولا يدخل الدراهم فيها الا بالتراضي ه اذا اخذ الشركا يحصل قيمة البنا بذرع من العرصة وقال بعضهم يجعل قيمة البناء على الدراهم وكان القاضي يقسمها على الذرع وذلك لان الذي يعطي الدراهم يستحيل زيادة النصيب من الدار ويكون الدراهم في ذمته فلعله يحول ان تسلم له وان لا تسلم ولا يجوز للقاضي ان يتحمل ذلك ولان القسمة من حقوق الشركة والاشتراك في الملك لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك فان فعل ذلك برضاهم جاز لانه لا يمكن القسمة الا بان تعدل بالدراهم فلعل قيمة البناء في احد الحيزين اكثر فلو اعدلناه بالعرصة افضى الى ان لا يبقى لصاحب البنا من العرصة ما ينتفع به فيعدل بالدراهم لينتفع كل منهم بقطعة من العرصة الا انه لما امكن ان لا يفعل ذلك فليجتنب لان ذلك يكون بيعا والقاضي يجبر على القسمة لا على البيع قال ـــ واذا اقتسموا ولاحدهم مسيل او طريق في ملك الاخر عن مشروط فان امكن صرفه صرف والا فسخت ه اذا اقتسموا ولاحدهم مسيل في ملك الاخر او طريق ولم يذكر ذلك عن شروط في القسمة فان كان يمكنه ان يصرف الطريق والمسيل عن ملكه فليس له ان يستطرق ولا ان يسيل ماه في ملك غيره وان لم يمكن فسخت القسمة وهذا مبني على مسئلة وهي ان الشركا عند الاقتسام اذا قال بعضهم يرفع لنا طريق وقال بعضهم لا يرفع فان الحاكم ينظر في ذلك فان امكن ان يكون لكل واحد منهم طريق يستطرقه في ملك نفسه قسمها بينهم من غير ان يرفع طريقا بينهم وان لم يمكن ذلك يرفع طريقا لجماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على قدر عرض باب الدار وطوله لاندفاع الحاجة بذلك والطريق على سهامهم قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا في الطريق ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التراضي بالتفاضل جايزة وانما يجعل في كل نصيب طريق عند الامكان لان طالب ذلك يريد قسمة جميع الدار والذي لا يختار ذلك يريد قسمة بعضها دون الطريق الذي يريد رفعها

والواجب قسمة الجميع المشترك اذا امكن من غير حوق ضرر فاما اذا لم يمكن من رفع الطريق منه هنا
على الشركة لانه لا ينتفع كل منهم بنصيبه والقسمة لا تصح وتوقعها على وجه يضر بالمتقاسمين اذا
ثبت ذلك قلنا اذا اقتسموا ولم يستثنوا الطريق والمسيل فان قدر كل منهم ان يفتح لنفسه طريقا
ومسيلا ما يجري في ملكه فعل والقسمة ماضية لامكان تمييز حق احدهما عن الاخر وان لم يمكن الا على
نصيب شريكه فان كانا شرطا في القسمة ان ما اصاب كل واحد فهو له بحقوقه فان الطريق والمسيل
يترك بحاله لانه لا يمكن صرفه الا بضرر فهو حق له في نصيب الاخر وقد شرط له في القسمة الحقوق
وان لم يشرط ذلك فالقسمة باطلة ويستانف على وجه يمكن ان يجعل كل منهم لنفسه طريقا ومسيلا
في ملكه لانه لما لم يشرط الحقوق لم يجز استطراق هذا في نصيب شريكه فهذه قسمة لا ينتفع
بها فكانت غلطا من القاسم فوجب نسخها واستئنافها على وجه صحيح قال ودراع من سفل
لاعلوله مقسوم بذراعين من علو لا سفل له ويسوى ويشرط القسمة وهو المذهب ه قال ابو حنيفة
رضي الله عنه يحمل في القسمة ذراعان من علو لا سفل له بذراع من سفل لا علو له وقال ابو يوسف يحمل
ذراع بذراع وقال محمد يقومان ويقسمان بالقيمة وهذا هو المذهب وما روي عنهما بنا على اختلاف
العهد في عصرهما فافتيا على مقتضى ذلك والتنبيه على ان القسمة هو المذهب من الزوايد قال وتقبل
شهادة القاسمين باستيفاء بعض الورثة وردها ه شهادة القاسمين في بعض الورثة انه قد استوفى
نصيبه بعد القسمة مقبولة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانهما شهدا على اثبات فعلهما
معنى فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل رجلين فانه لا تقبل شهادتهما به ولهما انهما شهدا على فعل
غيرهما وهو الاستيفاء الا على فعل انفسهما وهو التمييز لان فعلهما لا يصلح مشهودا به لكونه غير لازم وانما يصير
لازما بالقبض والاستيفاء وذلك فعله فتقبل شهادتهما عليه وقيل ان قسما باجر لا تقبل شهادتهما
بالاجماع لانهما يدعيان انفاذ ما استوجرا عليه من العمل فكان الموجود منهما شهادة في الصورة ودعوى
في المعنى فلم تقبل والاصح من المذهب انها تقبل لانهما عدلان وبهذا اطلق الكتاب لفظة القاسمين
ولم يقيد هاهنا بالاجر ولا بعدمه قال ولو ادعى احدهم غلطا وان شيئا مما اصابه
في يد الاخر بعد ان اشهد بالاستيفاء لم يصدق الا ببينة لانه يريد فسخ القسمة بعد وقوعها
وقيام البينة باستيفائه فلا تقبل قوله الا ببينة فان لم يقم بينة استحلف شركاؤه فمن نكل منهم
عن اليمين جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله حجة في حقه خاصة
فوجب ان يعامل بزعمهما قال وان قال استوفيت لكن اخذت بعضه كان القول للخصم ه
اذا قال استوفيت حقي لكنك اخذت بعضه فالقول قول الخصم مع يمينه لانه ادعى عليه غصبا
والخصم منكر والقول قول المنكر مع يمينه قال او اصابني الى موضع كذا ولم يسلمه الي لم

شهد بالاستيفاء وكذبه الاخر تحالفا وفسخت ه لانهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة
فكان ذلك نظير الاختلاف في مقدار المبيع وقد مر الكلام في ذلك في كتاب الدعوى ه

كتاب الاكراه

قال وثبت حكمه اذا حصل من قادر على ايقاع ما توعد به مطلقا وخاف المكره وقوعه
الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او غيره وهذا معنى الاطلاق
وكما يشترط القدرة على ايقاع المكره لما توعد به يشترط خوف المكره وقوع ما يهدده به بان يغلب على ظنه
ان المكره يفعله ليصير محمولا على الفعل بواسطة الخوف وهذا الثاني من الزوايد وقد اطلق في الكتاب
ان الاكراه يثبت حكمه من القادر على ما توعد به وهذا هو المذكور في مختصر القدوري رحمه الله وفي المنظومة
ان الاكراه لا يثبت حكمه عند ابي حنيفة الا اذا صدر من السلطان واطلقا ذلك لا لان الصحيح ان الخلاف
في ذلك اختلاف زمان فقد كانت القدرة والمنعة في زمن ابي حنيفة مخصوصة بالسلطان ثم تغير
ذلك في زمانهما والاكراه عبارة عن فعل يوقعه الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته وهذا الاختصاص له بالسلطان او غيره قال واذا اكره على بيع او شرا او اجارة او اقرار
بقتل وضرب شديد وحبس ففعل خير بين امضائه وفسخه ه اذا اكره الرجل بقتل او ضرب شديد
او حبس على ان يبيع داره او يشتري سلعة او يقر لزيد بالف او يوجر داره ففعل كان مخيرا ان يمضي
البيع والشرا والاجارة وبين ان يفسخ العقد ويسترد المبيع والمستاجر ويرد المشتري وقوله ضرب شديد
يشير الى انه اذا اكره بضرب سوط او ضرب يوم او قيد يوم لا ان ذلك لا يبالي به من حيث العادة فلا يتحقق
الاكراه الا اذا كان الرجل ذا منصب يعلم انه يستضر به لتحقق الرضا لفوات الرضا والعلة في اثبات
الاختيار ان صحة هذه العقود يعتمد التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
والاكراه بهذه الاشيا يعدم الرضا فيفوت شرط صحة العقد فيفسد واما الاقرار فكذلك لانه
حجة من حيث ترجيح جانب الصدق على الكذب فاذا اكره احتمل انه يكذب في اقراره دفعا للضرر الاكراه
عنه فلا يثبت قال وان قبض الثمن او سلم المبيع لا الهبة طوعا كان امضاء لان القبض طوعا يعد
دلالة على الاجازة كما في البيع الموقوف وكذلك تسليم المبيع دلالة الاجازة اذا كان الاكراه على نفس
البيع لا على تسليم المبيع ولم يصرح في المتن الى هذا القيد اعني الاكراه على نفس البيع لوضوح الحال
فيه فان الاكراه اذا كان على تسليم المبيع فظاهر انه لا يكون دليل الرضا مع الاكراه عليه على انه قد
يثبت ان الاكراه على البيع واما الهبة فان الاكراه اذا وقع على نفس الهبة فوهب وسلم طوعا
لم يكن التسليم دلالة الرضا لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظة الهبة والاستحقاق
لا يثبت في الهبة بدون التسليم فكان التسليم في الهبة داخلا في الاكراه والاستحقاق في البيع

ق

حنث في بعض العقد فلم يكن التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا والمثلثان زائدتان قال
وان قبضه مكرها رده ان كان قائما لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره
ضمن قيمته اذا كان البائع مكرها على البيع والمشتري غير مكره فهلك المبيع في يد المشتري ضمن قيمته
لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد قال وضمن المكره المكره ان شاء ش لان المكره نزل
منزلة الالة للمكره في اتلاف ما اكره عليه فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيخير في تضمين من شاء كالغاصب
وغاصب الغاصب واذا ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري وقد عقد
على المبيع عقود فكل عقد عقد بعد الضمان فهو نافذ لان المشتري ملك المبيع بالضمان وكان بائعا ملك نفسه فصحت
العقود الموجودة بعده اما المعقود والموجود قبل الضمان فلا نفاذ لها لانها مستندة الى وقت القبض
ولم يكن مالكا ولو اجاز المالك المكره عقدا من هذه العقود نفذت العقود التي قبل الاجازة والتي بعدها
والفرق ان عدم النفاذ لحقه وقد اسقط حقه بواسطة الاجازة فعاد الكل الى الجواز والنفاذ في
الصورة الاولى يتوقف على الملك فنفذ من حين وجوده حكما وهو اداء الضمان قال واذا اكره
على شرب خمر او اكل خنزير بضرب او حبس او قيد لم يحل حتى يخاف على نفسه او عضوه فيقدم وان صبر
حتى حقق الوعيد وهو يعلم الاباحة اثم ش وهذا لان حرمة هذه الاشياء اعني الخنزير والخمر والدم ايضا
ثابتة بالنص ولا تباح الا عند قيام الضرورة كما في حالة المخمصة المستثناة بالنص لقيام المحرم فيما وراء حالة
الضرورة ولا يتحقق الضرورة الا ان يخاف على نفسه التلف او على عضو من اعضائه فان خاف على نفسه
او على عضوه بالضرب او بالقيد وغلب على ظنه ذلك ابيح له الاقدام عليه ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
وان صبر على ذلك ولم ياكل ولم يشرب حتى اوقعوا به ذلك اثم لانه لما تحققت الضرورة صارت تلك
الاشياء مباحة له فبالامتناع عن المباح صار معينا لغيره على اتلاف نفسه فاثم كما في حالة المخمصة
وعن ابي يوسف انه لا ياثم لقيام المحرم فكان الاقدام رخصة وقد تمسك بالعزيمة والجواب ان حالة
الضرورة مستثناة بالنص والاستثناء تكلم بالباقي بعد الاستثناء فكان ذلك اباحة لا رخصة وانما
زاد في المتن قوله وهو عالم بالاباحة لان الاثم متعلق بذلك لانه موضع خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل
بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال او على الكفر وسب النبي صلى الله عليه وسلم
بما خاف على نفسه او عضوه اظهره مطمئنا قلبه بالايمان ولا اثم وان صبر اجر ش اذا اكره
على الكفر بالله تعالى وعلى سب النبي صلى الله عليه وسلم بضرب او حبس او قيد لم يكن ذلك
اكراها حتى يكره بما يخاف على نفسه الهلاك او على عضو من اعضائه وانما لم يعتبر ذلك في حق
تناول الخنزير وشرب الخمر فلان لا يعتبر في الاكراه على الكفر وحرمته اغلظ اولى فاذا خاف ذلك
وسعه ان يظهر بلسانه ما اكره عليه وقلبه مطمئن بالايمان ولا اثم عليه ان فعل ذلك لحديث عمار بن ياسر

رضي الله عنه حين ابتلي بذلك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا
بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزلت الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان الايمان حقيقة
هو التصديق بالقلب وباظهار الكفر لا يفوت ما هو الركن الاصلي وهو التصديق القلبي وفي الصبر
حتى يحقق الوعيد فوات النفس اصلا فيسعه ان يرجح جانب البقاء مع بقاء الايمان فان صبر حتى حقق
الوعيد ولم يقدم على اظهار الكفر كان ماجورا عند الله تعالى لحديث خبيب رضي الله عنه فانه
لما صبر على ذلك ولم يقدم عليه حتى صلب سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء
وقال في مثله هو رفيقي في الجنة والفرق بين هذا وما قبله ان الحرمة في الخنزير والخمر مستثناة حالة
المخمصة والضرورة فثبت الاباحة بالاستثناء والصبر على ترك فعل مباح الى حين الهلاك اثم وحرمة الكفر
وسب النبي صلى الله عليه وسلم لا تباح بحال فكانت الحرمة قائمة وقت الاكراه فكان الصبر اخذا بالعزيمة
فيؤجر الصابر الاخذ بالعزيمة قال او على اتلاف مال مسلم بما ذكرنا قدم ش لان مال الغير يباح عند
الضرورة كما في حالة المخمصة فاذا اكره على ذلك بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه تحققت
الضرورة المبيحة فيسعه الاقدام قال وضمن المالك المكره ش لصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره
نزل منزلة الالة فيما يصلح ان يكون الة والاتلاف مما يصلح الة فيه فيضمن المكره قال او على قتله يقتل لم يقدم
فان فعل اثم ش اذا اكرهه بالقتل على قتل مسلم لم يسعه ان يقدم على ذلك لان قتل المسلم حرام لا يباح
لضرورة ما فكذا في الاكراه قال ولا يجب عليه القصاص فيجب على المكره ان كان عمدا لا عليهما
قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا اكره زيد عمروا على قتل خالد فقتله يجب القصاص على زيد
وقال ابو يوسف لا يجب عليه ولا على عمرو وقال الشافعي يجب عليهما اما على عمرو فلانه القاتل بالمباشرة وزيدا
قاتل باعتبار التسبيب وهو حمله عليه والتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص
ولابي يوسف ان القتل مقصور على عمرو نظرا الى التاثيم ومضاف الى زيد نظرا الى الحمل عليه فتمكنت
الشبهة في كل منهما فسقط القصاص ويجب الدية ولا تتحملها العاقلة لانه عمد قال عليه السلام
لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولهما ان عمروا نزل منزلة الالة لزيد فيما يصلح الة له فيه فانه
محمول على القتل بحبه لحياة نفسه وهو في القتل صالح لكونه الة له كما لو القاه عليه فقتله ولا
يصلح الة له في الجناية على الدين فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما قلنا في اكراه المجوسي
على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم قال او على
قطع يده يفعل ثم قطع رجله طوعا فمات وجب الدية في ماليهما واوجبنا القصاص عليهما ش رجل
اكره رجلا بما يقدم على ان يقطع يد انسان فقطع يده ثم قطع رجله عن غير اكراه فمات المقطوع
من ذلك قال ابو حنيفة ومحمد يجب القصاص على القاطع والمكره وقال ابو يوسف يجب الدية

في ماليها وهذا الخلاف بناء على ما تقدم قال ولو قال اقتلني فقتل اقتص منه في رواية ومنعنا له
في اخرى ويجب في ماله الدية في اخرى ○ رجل قال لاخر اقتلني فقتله فيه ثلث روايات عن
اصحابنا رحمهم الله الاولى وجوب القصاص وهي من الزوائد وهو قول زفر والثانية منع القصاص
والدية جميعا خلافا له والثالثة وجوب الدية في مال القاتل وجه الاولى ان الاذن في القتل
لم يصادف محله فان الاباحة لا تجري في الدماء فصار ملغى فلا يعتد به فموجبه القصاص ووجه الثانية
الحاق النفس بالمال اعتبارا بان كلا منهما حقه فاذا اتلفه باذنه فقد اتلف ما هو حقه عن اذنه
فكان هدرا كالمال ووجه الثالثة الفرق بين النفس والمال من جهة جريان الاباحة في المال دون
النفس ولما كان الاتلاف مضافا الى صورة الاذن اوجب ذلك شبهة مانعة عن القصاص ووجبت الدية في
ماله لكونه عمدا والعاقلة لا تحمل العمد قال ___ او يرد من الجبل والا قتلتك فيفعل فالدية على عاقلة
المكره ويجعلها في ماله واوجب القصاص رجل اكره رجلا على ان يتردى من جبل فيفعل
وجبت الدية على عاقلة من اكرهه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تجب الدية في ماله وقال محمد يجب
القصاص واصل هذا الخلاف القتل بالمثقل وهذا في معنى القتل بالمثقل والحكم في القتل بالمثقل
عند ابي حنيفة وجوب الدية على العاقلة فكذا ههنا وعند محمد وجوب القصاص فيه فكذا ههنا
وعند ابي يوسف ان الحاصل بطريق الاكراه لا يوجب القصاص فكان يوجب الدية عليه قال
ولو اكره بقتل على تردد او اقتحام نار او ماء وكل مهلك فله الخيار في الاقدام والصبر وامراه بالصبر
ولو وقعت نار في سفينة ان صبر احترق وان القى نفسه غرق فاليه الخيار وامره بالثبات ○ قال
ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اكره الانسان بالسيف على اهلاك نفسه بتردد من جبل او دخول نار او بحر
قال الخيار ان شاء فعل ذلك وان شاء صبر حتى يقتل وقالا لا يصبر ولا يفعل واصل هذه المسئلة ما ذكر
في السير الكبير اذا وقعت نار في سفينة وعلم من فيها انهم ان صبروا اهلكتهم النار وان القوا
انفسهم في البحر غرقوا تخيروا عند ابي حنيفة بين ان صبروا وبين ان يلقوا انفسهم وقال محمد
يصبروا ولا يلقى نفسه وعن ابي يوسف روايتان وكلا من المسئلتين من العلاقة فرتبناهما لهما ان
في مباشرة هذا الفعل سعي في اهلاك نفسه فيجب الصبر تحاميا عن ذلك وله انه قد ابتلي
ببليتين متساويتين في الافضاء الى الهلاك فيكون له اختيار ما هو الاهون عنده وان كانت المباشرة
سعيا في الاهلاك فالصبر سعي في الاهلاك فاستويا ثم اذا القى نفسه في النار يجب القصاص عند ابي حنيفة
على من اكرهه لوضع الاكراه والاضطرار الى الالقاء فكان مضافا اليه وعندهما لا قصاص
لانه مختار في القاء نفسه قال ___ او على طلاق او عتاق وقع ورجع بقيمة العبد على المكره
ونصف المهر ان كان قبل الدخول ○ اذا اكره الرجل على طلاق امراته او عتق عبده وقع ذلك

من ذلك في الطلاق ويرجع المولى على من اكرهه بقيمة العبد لانه صالح لان يكون آلة له من حيث
الاتلاف المالي فاضيف الاتلاف الى المكره فيجب ضمانه عليه مطلقا سواء كان موسرا او معسرا ولا سعاية
على العبد لان السعاية انما تجب حيث يحتبس مالية العبد عنده فيجب تخريجا له الى الحرية لتعلق حق الغير
به ولم يوجد ههنا واحد منهما واذا ضمن المكره لا يرجع على العبد بما ضمنه لانه هو المؤاخذ بالاتلاف فامتنع
الرجوع وفي المراة يرجع بنصف المهر ان كان الطلاق قبل الدخول وهذا فيما اذا كان في العقد مهر
مسمى فاما اذا لم يكن فيه مهر مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة وهذا لان ما عليه كان على شرف
السقوط بان جاءت الفرقة من قبل المراة فتاكد الوجوب بالطلاق فكان ذلك اتلافا للمال من ذلك الوجه
فاضيف الى المكره من حيث انه اتلاف وانما قيد بما قبل الدخول لانه اذا دخل بها تقرر المهر بالدخول
لا بالطلاق فلم يكن الطلاق بعد الدخول مقررا شيئا فلم يجب اليه رجوع به قال ___ او على اعتاق
نصفه فاعتق كله فهو مختار او على كله فاعتق نصفه فالمكره ضامن لنصفه وقالا بكله ○
رجل اكره رجلا على اعتاق نصف عبد فاعتق كله قال ابو حنيفة رضي الله عنه هو مختار فيما فعل
غير مكره عليه وقالا هو مكره واذا اكرهه على اعتاق كله فاعتق نصفه قال ابو حنيفة ضمن
الذي اكرهه نصف العبد وقالا ضمن كله وهاتان المسئلتان من فروع تجزي الاعتاق وقد
مر الكلام فيه قال ___ او على الردة لم تبن امراته ○ اذا اكره الرجل على الردة والعياذ بالله لم تبن
امراته لان الردة تتعلق بالاعتقاد وهذا لانه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر لكن احتمال استماله
على الردة حقيقة قائم فوقع الشك في حصول الردة حقيقة فلا تثبت البينونة بالشك والنكاح
ثابت بيقين فلا يرتفع به وهذا بخلاف ما لو اكره على الاسلام حيث يصير مسلما لان الاسلام
يرجح في تمام الاحتمال لانه يعلو ولا يعلى وهذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم
يعتقد الاسلام فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام وحكم به ثم رجع لم يقتل لان الشبهة قائمة وهي دارئة للقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة سواء كانت خيرا او شرا يقال فلان محمود السيرة وفلان مذموم
السيرة وسمي هذا الكتاب بالسير لانه يجمع سير رسول الله صلى الله عليه وسلم وطريقته
في الغزو وسير اصحابه وما نقل عنهم في ذلك قال ___ يفترض الجهاد على الكفاية ○
اما اصل الفرضية فبقوله تعالى قاتلوا المشركين قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر الى ما شابه
ذلك من الايات المشتملة على الامر بقتال الكفار وبقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل
الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وقوله عليه السلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى يوم القيامة حتى
يقاتل عصابة من امتي الدجال وعلى الفرضية انعقد اجماع الامة وكان صلى الله عليه وسلم

اذا بعث جيشا او سرية اوصى اميرهم بتقوى الله تعالى وقال اغزوا باسم الله تعالى في سبيل الله
قاتلوا من كفر بالله ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا فاذا لقيتم عدوكم من المشركين
فادعوهم الى ثلث خصال الى الاسلام فان اسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم وان ابوا فادعوهم
الى اعطاء الجزية فان ابوا فانبذوا اليهم اي اعلموهم بالقتال فان حاصرتم حصنا او مدينة فارادوكم
ان تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم فانكم لا تدرون ما حكم الله فيهم ولكن انزلوهم
على حكمكم ثم اقضوا فيهم بما رايتم واذا ارادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله و
الذمة ينقضها واما الكفاية فلان الجهاد في ذاته هدم البنية الادمية فلم يكن فرضا لعينه
بل كان لمعنى اقتضاه وهو اشتمال ذلك على اعزاز دين الله ودفع الفساد والكفر عن العباد فاذا
حصل ذلك المقصود بالبعض سقط عن الباقين كرد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه
لان الوجوب على الكل وقد اخلوا به ولان الكل لو اشتغلوا بالجهاد افضى الى تعطيله لانقطاع مادة
الجهاد من الكراع والسلاح وغير ذلك والى انقطاع مصالح العالم من الزراعة والصنائع قال
وان كان النفير عاما فعلى الاعيان ه لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا والنفير العام ان يحتاج الى
جميع المسلمين فلا يحصل المقصود من الجهاد حينئذ ببعضهم فيتعين على الكل اداؤه كالصلوة وقال
في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول الكلام اشارة الى
فرض الكفاية واخره الى النفير العام قال ويجب قتال الكفار وان لم يبدؤنا ه
النصوص العامة قال ولا يجب على صبي ولا عبد ولا امرأة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع ه اما
الصبي فلعدم الخطاب واما العبد والمرأة فلاشتغالهما بخدمة المولى والزوج وعند تعارض حق العبد
والشرع يقدم حق العبد باذن الشرع لحاجته واما الاعمى والمقعد والاقطع فلعجزهم اللازم وفيهم
نزل قوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج الاية قال واذا هجم العدو يجب على الكل
دفعه تخرج المرأة والعبد بغير اذن ه لان العدو اذا هجم وغلب فقد صار الجهاد فرض عين بمعنى
على الكل دفعه عنهم وحق العبد لا يظهر في مقابلة فرض العين كالصلوة والصيام بخلاف
ما قبل هجوم العدو وحصول النفير فان الفرض متوجه على الكفاية وغيرها مقنع فلم يتحقق
الضرورة الى ابطال حق السيد والزوج قال ولا باس بالجعل للحاجة ه الجعل ان ياخذ
الامام من المسلمين ما لا يعطيه الغزاة وهذا الصنع مكروه اذا لم يكن بالمسلمين حاجة الى ذلك
لانه في ذلك شبيه بالاجرة ولا ضرورة الى ذلك لان بيت المال معد لحاجات المسلمين اما اذا
لم يكن لهم فيء وهم مضطرون الى الميرة ومواد الجهاد وليس لهم شي فلا باس بان يقوي بعضهم
بعضا لاشتمال ذلك على دفع الضرر الاقوى بالاضعف وقد صح انه صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من

صفوان وكان عمر رضي الله عنه يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد
قال واذا حاصر المسلمون اهل الحرب دعوهم الى الاسلام ه لما روى ابن عباس رضي الله
عنهما انه صلى الله عليه وسلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام ولانه لعل اجابتهم الى الاسلام
يحصل المقصود بمجرد الدعوى قال فان اسلموا كفوا عنهم ه لقوله صلى الله عليه وسلم امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها ولان
القتال لاعلاء كلمة الحق ودحض الشرك وعند حصول المقصود يستغنى عن ذلك قال وان
امتنعوا دعوهم الى الجزية ان كانوا من اهلها ه لما روينا من قبل واحترز بقوله ان كانوا من اهلها
عن المرتدين وعبدة الاوثان من العرب لانه لا يقبل منهم الا الاسلام فلا فائدة في الدعوة اليها ولانه
يجب ان يعين كميتها ووقت وجوبها وعلى من يجب ليسقط المنازعة من بعد ولان القتال ينتهي بها
قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد اي يقبلوها قال فان بذلوها كان لهم ما لنا
وعليهم ما علينا لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا الاعطاء في الاية والله اعلم قال ويجب دعاء
من لم تبلغه الدعوة ويستحب دعاء من بلغته ه اما وجوبه لمن لم تبلغه فلما تقدم من قوله عليه السلام
فادعهم الى ثلث خصال الى الاسلام وفي حديث اخر الى شهادة ان لا اله الا الله ولان في تقديم
الدعوة اعلامهم ان الغرض من قتالهم انما هو الدين لا غرض الدنيا فلعلهم اذا علموا ذلك اجابوا فكفى
الله المؤمنين القتال ولو قتلوا قبل الدعاء الى الاسلام اثموا للموضع النهي عن ذلك ولم يغرموا شيئا
لانهم ما حقنوا الدماء والاموال ولا عاصم لهم من اسلام او احراز بدار الاسلام فصار كقتل النساء
والصبيان واما استحباب الدعوة لمن بلغته فللمبالغة في الانذار وقد صح ان النبي صلى الله عليه
وسلم اغار على بني المصطلق وهم غارون فلم يكن دعاهم وقد عهد الى اسامة ان يغير على ابنى
الاصعر صباحا ثم يحرق نخلهم وفي لفظ ان يغير على ابنا هو موضع بفلسطين او نخلة والغارة
لا تكون مع الدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم ه لما تقدم فيما روينا
والحديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها
فاستعن بالله عليهم وقاتلهم وانما قدم الاستعانة لان الله تعالى هو الناصر لاوليائه والخاذل
لاعدائه واليه مقاليد الامور وفي الاستعانة طلب النصرة منه والمستعان به قال ونصبوا
المجانيق وحرقوهم وغرقوهم وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم وان تترسوا باسارى
المسلمين وقصدوا الكفار ه لان في ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وتفريق جمعهم وتبديد
شملهم فيكون مشروعا وقد صح انه صلى الله عليه وسلم حاصر اهل الطائف ورماهم بالمنجنيق وكان

وكان فيهم المسلمون ولان بلاد الحرب لا تخلو عن اسارى المسلمين وصبيانهم وتجارهم فلو
امتنع القتال لذلك افضى الى امتناعه اصلا ولكن لا يقصدون برميهم مسلما تحرزا عن قتل
المسلم بحسب الطاقة ولان في ذلك دفع الضرر الاعلى بالادنى وانما يقصدون بالرمي الكفار دون
الاسارى لان التمييز اذا تعذر بالفعل فقد امكن بالقصد ومن اصيب منهم لم يجب عنه كفارة
ولا دية لان الجهاد فرض فلو علقت به غرامة افضى الى الامتناع عن الاقدام عليه والفرق بين هذا
وبين المخمصة وان جمعت الضرورة بينهما ان الضمان في الاقدام على تناول مال الغير حال المخمصة
لا يستقص مانعا من الاقدام لما فيه من احياء النفس واما الجهاد فبناؤه على اتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان
ولما مر صلى الله عليه وسلم يريد الطايف بدا له قصر عوف بن مالك النضري فامر بتحريقه فلما انتهى
الى الكرم وامر بتقطيعها قال الزهري وقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وحرق
البويرة ولما تحصن بنو النضير من رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بقطع نخلهم وتحريقه فقالوا
يا ابا القاسم ما كنت ترضى بالفساد فانزل الله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها قايمة على اصولها
فباذن الله فتبين انه لم يكن فسادا وقد قال تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون
من عدو نيلا الا كتب لهم قال ولا باس باخراج المصاحف والنساء في عسكر عظيم دون
سرية لا يؤمن عليها ش لان العسكر اذا كان عظيما فالغالب عليه السلامة والغالب كالمحقق واما
السرية التي لا يؤمن عليها فيكره اخراج ذلك فيها لان فيه تعريض النساء على الضياع والفضيحة وتعريض
المصاحف للاستخفاف بها وهذا هو تاويل نهيه صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقران الى ارض
العدو ولو دخل المستامن مع المصحف عليهم فلا باس اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان
الظاهر عدم التعرض والعجايز يخرجن في العسكر العظيم للطبخ والمداواة وقرار الشواب في البيوت
ادفع للفتنة ولا يباشر المراة القتال لان ذلك مما يستدل به الكفار على ضعف المسلمين الا ان
تدعو اليه ضرورة قال وينبغي ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا ولا يقتلوا صبيا ولا
امراة الا ملكة ولا شيخا كبيرا الا اذا راى في الحرب ولا اعمى ولا مقعدا ولا مجنونا ومن قاتل منهم
قتل ش اما الغدر والغلول والمثلة فللنهي الوارد عنها والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة
ونقض العهد وما روي من المثلة في قصة العرنيين فهي منسوخة بالنهي المتاخر لا تمثلوا ببنية الله تعالى
والمثلة المنهية ههنا هي التي بعد الظفر بهم اما قبل ذلك فلا باس بها لانها ابلغ في كبتهم والاضرار
بهم واما قتل الصبي والمراة فللنهي الوارد عن قتل الصبيان والذراري وراى عليه السلام امراة مقتولة
فقال هاه ما لها قتلت وما كانت تقاتل وهذا النص يشير الى ان الموجب للقتل هو الحراب وهؤلاء لا يقاتلون
والمجنون غير مخاطب والمقعد والشيخ الكبير عاجزان عن القتال ومن كان من هؤلاء ملكا او ذا راي

في الحرب او يقدر على القتال او له مال يعين به على القتال يقتل لانه غير مامون الشر ملتحق بالمقاتل
حقيقة وقد قتل صلى الله عليه وسلم دريد بن الصمة وكان قد مضى عليه مائة وعشرون سنة لكونه صاحب
راي في الحرب واما الرهابين واهل الصوامع الذين يخالطون الناس ويدلون على عورات المسلمين فيقتلون
لا محالة فان كانوا قد حبسوا انفسهم عن مخالطة الناس لا يقتلون للامن من شرهم وقوله ومن قاتل منهم
يقتل من الزوايد قال واذا نزلوا على حكم الله تخير القتل والاسترقاق او تركهم احرارا
ذمة لنا وعين الثالث قال ابو يوسف رحمه الله اذا حاصر المسلمون اهل حصن فنزلوا على حكم الله
فيهم يجوز للامام قتلهم او اسرهم ان شا او تركهم احرارا ذمة للمسلمين لانهم اهل حرب وحكم
الله في اهل الحرب اذا كانوا من اهل الكتاب او المجوس او الوثنيين من العجم عند الاستيلاء
عليهم عنوة هذا فاذا نزلوا على حكمه تعالى يخير الامام في احد هذه الثلث الاشيا وقال محمد ليس
له الا ان يتركهم احرارا ذمة ويأخذ من روسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج فيكونون ذمة للمسلمين
لان حكم الله فيهم احد هذه الثلثة لكن لا ندري ايها هو على التعيين فيعين الادنى للمشركين منها
من لحاق الضرر والهوان بهم لكونه متيقنا وادنى هذه الثلثة ضررا تركهم احرارا اهل ذمة
وفي الاخرين شك فيثبت المتيقن ويترك المشكوك فيه وقد قدمنا في صدر هذا الكتاب قوله
صلى الله عليه وسلم اذا حاصرتم اهل مدينة او حصن فارادوكم ان تنزلوهم على حكم
الله فلا تنزلوهم فانكم لا تدرون ما حكم الله فيهم وابو يوسف يقول كان ذلك في مبدا الاسلام
لتواتر الوحي وتغير احكام الله منه فكان يتجدد شيئا فشيئا فكان الذين يبعدون عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يدرون ما حدث بعدهم من الوحي واما الان فالشريعة مستقرة وحكم الله فيهم
معلوم وهو احد هذه الثلثة الاشيا وان الخيار في التعيين الى الامام قال ودار الاسلام
لا يصير حربيا الا ان يزول امان اهلها وتتصل بدار الحرب ويظهر منها احكام الكفر واكتفيا بالثالث
كما في الكنز قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا ارتد اهل مصر وغلبوا على ذلك المصر وهو متصل بدار الحرب
ولم يبق منهم مسلم ولا ذمي امنا بالامان الاول واظهروا فيه احكام الكفر زاد بعض المشايخ المتاخرين
فقال بان يصيروا فيه ماضيا كافرا صار حكم ذلك المصر حكم دار الحرب وكذا لو غلب الكفار
والعياذ بالله على مصر فاذا اجتمعت هذه الشرايط الثلث صار من جملة دار الحرب والا فلا ولا
يصير دار الحرب الا اذا اظهروا فيها احكام الكفر بان يصيروا فيها كافرا ولهما ان المصر الذي يظهر
فيه احكام الاسلام يصير دار الاسلام بمجرد ذلك فكذلك المصر الذي يظهر فيه احكام الكفر اعتبارا
لاحدهما بالاخر ووجه الاعتبار ان كون الدار دار الاسلام او الحرب ليس لذات الدار بل
باعتبار غلبة اهل الاسلام او الكفر عليها واستيلائهم وظهور الاحكام امارة الاستيلاء

والظهور بعثت اليهم بيه فيكتفي بذلك منه وله ان هذه الدار دار الاسلام بيقين فلا يزول
عنها ذلك بالشك وما لم يتحقق هذه الشرائط الثلث لا يتحقق كونها دار حرب فلا يرتفع
كونها دار الاسلام بدونها وهذا خلاف دار الحرب حيث تصير دار الاسلام بظهور احكام
الاسلام لان احكام الاسلام من اعلامه والنظر اليه يقتضي الحكم بانها دار الاسلام وبالنظر
الى بقاء الشرطين لا يحكم بذلك فرجحنا جانب الاسلام لانه يعلو ولا يعلى قال بعض المتاخرين
واذا تحققت الشرائط المذكورة في مصر من امصار المسلمين حتى صار في حكم دار الحرب ثم حصل لاهله
الامان ونصب بيه قاض مسلم ينفذ احكام الاسلام عاد الى دار الاسلام ثم ظفر من الملاك لا يفرز
شي من ماله بعينه بقوله بغير شي ومن ظفر منهم بشي منه بعد ما باعه مسلم او كافر من مسلم او ذمي
اخذه بالثمن ان شاء ومن ظفر منهم بماله بعينه بعد ما وهبه مسلم او كافر من مسلم او ذمي وسلمه
اليه اخذه بالقيمة ان شاء

فصل في الموادعة ومن يجوز امانه

قال ـــ واذا كان في الموادعة مصلحة فلا باس بها ش اذا كان المسلمون في قوة
فلا ينبغي لهم ان يوادعوا اهل الحرب ولا يصالحوهم لان في ذلك من ترك الجهاد صورة ومعنى
او تاخير الجهاد لان الموادعة ماخوذة من الودع الذي هو الترك وهو طلب الامان وترك القتال
قال تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وان لم يكونوا في قوة فلا باس بالموادعة
لان في ذلك الخيرة للمسلمين قال تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها اي ان مالوا الى المصالحة
فمل اليها والاعتبار في ذلك وعدمه بوجود المصلحة للمسلمين وعدمها وقد وادع رسول الله
صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب عشرة سنين ولان الموادعة اذا صدرت
عن مصلحة للمسلمين كانت في معنى الجهاد لاشتمالها على دفع اذى الاعداء وشرهم ويجوز
ان يزيد في مدة الموادعة على عشر سنين على ما يراه الامام من المصلحة لان العلة فيها انما هو
المصلحة وهي لا تتوقت بمدة دون اخرى قال ـــ وان انعكست نبذ اليهم اذا انعكست
المصلحة الى ضدها وراى الامام ان نقض الصلح انفع للمسلمين نبذ اليهم عهدهم وقال
تعالى فانبذ اليهم على سواء ونبذ صلى الله عليه وسلم الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان
المصلحة لما تبدلت كان النبذ اليهم جهادا وابقاء العهد عليها كان تركا له صورة ومعنى
ولا بد من ان ينبذ اليهم تحرزا عن الغدر بهم وقد قال صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا
غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر نبذ الموادعة الى جماعتهم ويكتفي بمدة يتمكن الملك بعد علمه
بذلك الى اعلام اطراف مملكته ولو علم ولم يعلمهم ومضت مدة الامكان فالتقصير واقع من

ملكهم يجوز مقاتلتهم قال ـــ وان بدوا بخيانة سقيفين فقاتلوا من عند ش انما شرط اتفا
تحرزا عما اذا دخل جماعة منهم يقطعوا الطريق ولا منعة لهم فان ذلك لا يكون نقضا للعهد ولو كان فهم
لهم منعة وقاتلوا علانية يكون نقضا للعهد في حقهم حيث لم يفعلوا ما فعلوا باذن فلا يعد وهم
حتى لو كانوا باذن لهم في ذلك صاروا ناقضين للعهد لان ذلك متفق عليه بسبب الاذن
والعلة في قتالهم من عند هي انهم اذا اتفقوا على البداءة بالخيانة فقد نقضوا عهدهم والنبذ
لنقض فلا حاجة اليه وقد سبقوا به قال ـــ ولو شرط من يخرج الينا من الرجال الاحرار
مسلما نبطله زاد شرطي الرجولية والحرية تحقيقا لمذهب الشافعي فان المراة اذا هاجرت الينا مسلمة
لا يحل ردها ولا يصح شرط ذلك عنده وفي مذهبه في وجوب رد العبد والحر الذي لا عشيرة له وجهان
ذكره صاحب الوجيز وما عدا ذلك فاذا شرط رد الخارج منهم اليهم جاز الشرط والوفاء
به وعندنا نبطل ذلك له انه صلى الله عليه وسلم وادع اهل مكة على ان لا يقاتلهم
عشر سنين وان يرد عليهم من جاء مسلما ولنا انه صلح تضمن ترك فرض وارتكاب محظور فوجب
ان يكون باطلا وهذا لان الامتناع عن تسليم المسلم الى العدو والكافر فرض وتسليط الكافر
على المسلم محظور بلا شرع قال ـــ فان وادع الامام بمال للحاجة كان كالجزية قبل
حصارهم وكالغنيمة بعده ش لا باس ان يوادع الامام اهل الحرب على مال ياخذه منهم كما يجوز
ان يوادعهم على غير مال لكن اذا كان بالمسلمين حاجة الى المال ياخذه فاما اذا استغنى
المسلمون عن ذلك لم يجز لان في ذلك تركا للقتال صورة ومعنى ثم المال الماخوذ منهم يصرف
مصارف الجزية اذا ارسل اهل الحرب رسولا ولم يحاصرهم المسلمون ولم ينزلوا بساحتهم
لان ذلك في معنى الجزية واما اذا احاط بهم جيش الاسلام وجنوده ثم اخذوا المال فانه
يكون غنيمة يخمس ويقسم الباقي بينهم لان ذلك المال ماخوذ بالقهر والغلبة معنى فكان في معنى
الغنيمة وهذه المسئلة من الزوائد قال ـــ ولا يجوز دفع المال اليهم ليوادعوه الا خوف
الهلاك ش اذا حاصر الاعدا المسلمين فطلب المسلمون موادعتهم على مال يدفعونه اليهم
لم يجز لما في ذلك من الحاق العار والمذلة بالمسلمين الا ان يخاف الامام هلاك المسلمين فيجوز له ذلك
دفعا للهلاك عنهم بالقدر الممكن وهذه من الزوائد قال ـــ ويوادع المرتدين بغير
مال فان اخذه لم يرده ش اما جواز الموادعة بالمرتدين فللنظر في امرهم لان الاسلام مرجو
منهم فالتاخير لتوقع الاسلام منهم جائز واما انه لا ياخذ منهم مالا فلانهم ليسوا من اهل
الجزية على ما سياتي ان شاء الله تعالى ولو كان اخذ منهم مالا لا يرده اليهم لانه ليس بمال
معصوم فلا يجب رده وهما من الزوائد قال ـــ ويكره بيع السلاح والكراع

والحديد من اهل الحرب وتجهيزه اليهم قبل الموادعة وبعدها ش اما بيع السلاح فلما روي من نهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان في ذلك تقويتهم على قتال اهل
الاسلام وفي معناه الكراع ايضا والحديد اصل السلاح والتنبيه عليه من الزوائد واما الكراهة
قبل الموادعة فظاهر لانهم حرب وكذا بعدها لانها على شرف الانتقاض بنبذ العهد اليهم او على
شرف انقضاء المدة فكانوا حربا ايضا وكان القياس باطراد ذلك في الثياب والطعام الا انه ثابت بالنص
على خلاف القياس فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه والضمير في تجهيزه
بمعنى ذلك عائد له الى جميع ما تقدم والضمير بمعنى الاشارة وارد كقوله عليه السلام واجعله الوارث
منا بعد قوله متعنا باسماعنا وابصارنا وقوتنا وكقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا
بعد ذكر الصدقات قال صاحب الكشاف الضمير في منه جار مجرى اسم الاشارة كانه قيل عن شيء من ذلك
كما قال تعالى قل اؤنبئكم بخير من ذلكم بعد ذكر الشهوات قال ـــ واذا امن حر او حرة
كافرا او حصنا او مدينة امتنع قتالهم الا ان يكون فيه مفسدة فينبذ اليهم ويؤدبه ش اذا
حاصر الامام مدينة او حصنا فامن منهم رجل حر او امرأة حرة او امن كافرا او جماعة منهم
صح الامان وامتنع القتال لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم
يريد اقلهم وهو الواحد ولان من امن منهم من اهل القتال والمنعة فكان مخوفا فكان امانه معتبرا لملاقاته
محله ثم يتعدى ذلك الى من سواه ولان السبب وهو الامان غير متجزئ فكذا الامان
ثم استثنى في الكتاب ان يكون في امانه مفسدة يراها الامام فينبذ الامام اليهم كما لو كان
هو الذي امنهم ثم راى المصلحة في النبذ اليهم فانه يفعل كذا هذا ويؤدب الامام الواحد
من المسلمين الذي امن من حاصره الامام وفي امانه مفسدة لانه معاب على راي الامام بخلاف ما اذا كان فيه
نظر فانه لا يكون يعذر في التفويت المصلحة بالماضي والاشارة الى المباد به من الزوائد قال ـــ ولا يصح امان
ذمي ولا اسير ولا تاجر فيهم ولا مسلم عندهم وهو فيهم ش اما الذمي فلا يصح امانه لانه منهم ولعدم
ولايته على المسلمين ولا تنتقض هذه العلة اعني التهمة بالعبد المأذون له في القتال حيث صح امانه مع
كونه منهم باتصال النفع الى قاربه دون المسلمين لانه لا يظن بالمسلم اشارته الكفار على الدين
واهله واما الاسير والتاجر فيهم فلانهما مقهوران تحت ايديهم ولم يكونا مخوفين فلا يتحقق
منهما الامان ولاختصاص الامان بمحل الخوف ولعلهما يجبران على الامان فيعرى عن المصلحة ولانه
لو فتح باب الامان من الاسير والتاجر يدخل عليهم لانسد باب الفتح للمسلمين عليهم فيؤدي الى
هدم ركن الجهاد الماضي الى يوم القيامة وكذلك الحال فيمن اسلم عندهم ولم يهاجر الى دار
الاسلام وهذا معنى قوله وهو فيهم اي لم يخرج من دار الحرب قال ـــ وكذا العبد

المحجور عليه اي الذي لم يؤذن له في القتال غير معتبر عند ابي حنيفة وقال محمد هو معتبر وهو
قول الشافعي وابو يوسف في رواية مع ابي حنيفة وفي رواية مع محمد والتنبيه على قوله من الزوائد
لمحمد انه مؤمن من اهل المنعة فيصح امانه اما اعتبار الايمان فلانه شرط العبادة والجهاد عبادة واما
اعتبار المنعة فليتحقق بها ازالة الخوف ووجه تأثير هذه العلة اعزاز الدين ورعاية المصلحة لجماعة
المسلمين فان الكلام في مثل هذه الحالة وانما لم يملك المسايفة لاشتمالها على تعطيل مصالح المولى
ومنافعه فيمنع منه ولا تعطيل في القول فجاز واعتبارا بالمؤبد من الامان اعني الجزية ولابي
حنيفة انه عبد محجور عن القتال فلم يصح امانه وهذا لانه اذا لم يكن من اهل القتال لم يكن مخوفا
عندهم والامان يستدعي محل الخوف بخلاف المأذون له في القتال لانه مخوف وانما لا يملك
المسايفة لانه تصرف في حق مولاه على وجه لا يخلو عن احتمال الحاق ضرر به والامان تصرف
في حقه على مثل ذلك لجواز ان يخطئ في الامان بل هو الظاهر وفي ذلك سد باب الاغتنام
ولا كذلك الحال في المأذون لرضا المولى ولقلة الخطأ بواسطة مباشرة القتال وهذا
بخلاف المؤبد من الامان لان ذلك خلف عن الاسلام فكان كالدعوة اليه ولانه امان يقابل
بالجزية ولانه مفروض عند المسألة اليه واسقاط الفرض نفع وليس فيه شائبة ضرر فافترقا
واما امان الصبي الذي لا يعقل فغير صحيح كالمجنون واما امان الصبي العاقل وهو محجور عن القتال فمختلف
فيه كالعبد المحجور والصبي المأذون له فيه امانه معتبر بالاجماع في الاصح

فصل في الغنائم وقسمتها

قال ـــ واذا فتح الامام بلدة عنوة قسمها ان شاء والا تخير ووضع الخراج والجزية على
اراضيهم وعليهم ويقسم المنقول ويقتل الاسارى او يسترقهم او يتركهم اهل ذمة ولا يردهم
الى دار الحرب والامام لا يفادي بهم ولا يجوز ذلك باسارى المسلمين ولا بجزية بالمال في المشهور
ولا يمن عليهم ش اذا فتح الامام بلدة عنوة يعني قهرا فهو بالخيار عندنا بين ان يقسمها بين الغانمين
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في خيبر وان شاء اقر اهلها ووضع على اراضيهم
الخراج ووضع على رؤوسهم الجزية فان عمر رضي الله عنه فعل ذلك في سواد العراق حين
افتتحها وذلك بموافقة الصحابة رضي الله عنهم وفي كل من الفعلين قدوة فيتخير الامام في
اعتماد ايهما شاء وقد قيل ان القسمة اولى عند حاجة الغانمين والثاني عند استغنائهم
ليكون عدة وذخيرة وهذا في العقار لا في المنقول لعدم ورود الشرع فيه بغير قسمة المنقول
بين الغانمين وهو من الزوائد وللامام اقرار العقار على اهلها كما وصفنا وقال الشافعي ليس له
ذلك لانها صارت للغانمين بواسطة استيلائهم وقهرهم فلا يجوز اخذها منهم وقد

وجد سبب الاستحقاق ودفعها الى اهل البلدة من غير بدل نفاد له والخراج لا نفاد له
لقلته وهذا بخلاف الرقاب لان له ابطال حق الغانمين فيهم بقتلهم فيكون له وضع الخراج عليهم
ولنا انه صلى الله عليه وسلم فتح مكة عنوة وقهرا وتركها على اهلها منا عليهم فان قيل بل
فتحت صلحا لان اهلها لم يقاتلوه بدليل قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله امنين وتمنى قول
المسلمين عند دخولها لا يكونون امنين قلنا النقل المستفيض بانها فتحت عنوة مشهور مؤكد
بقوله تعالى وهو الذي كف ايديهم عنكم وايديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان اظفركم عليهم والظفر
دليل على فتحها عنوة ويؤكد تعليقه صلى الله عليه وسلم الامان بدخول دار ابي سفيان وبالتعلق باستار
الكعبة والقاء السلاح بقوله عليه السلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن تعلق باستار الكعبة
فهو امن ومن القى السلاح فهو امن وانه دليل على الفتح عنوة وقوله عليه السلام ان مكة حرام الى
يوم القيامة لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار وانه واضح
الدلالة على فتحها عنوة وفي فعل عمر بسواد العراق نذره ولان في ذلك نظرا لان اهلها ينزلون
منزلة الاكرة والعاملين للمسلمين العالمين بوجوه الزراعات مع ارتفاع المؤن عنهم والخراج
وان قل في الحال لكنه جليل باعتبار الدوام وانتفاع من بعدهم من القرون الاتية بذلك واذا
من عليهم الامام رقابهم واراضيهم دفع اليهم من المنقولات ما يستعينون به على العمل ليخرج
عن حد الكراهة وهو في الاسارى مخير ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قتلهم
ولان في قتلهم تقليلا لمادة الفساد والكفر وان شاء استرقهم لان في استرقاقهم دفعا
لشرهم مع انتفاع المسلمين بهم وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين يضع عليهم الخراج لما
من الا مشركي العرب حيث لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وكذا المرتدون كما يأتيك
ان شاء الله ولا يجوز ردهم الى دار الحرب لان في رجوعهم الى دارهم تقويتهم وتقوية المشركين
بهم وفي ذلك عون على المسلمين فلا يجوز ولو اسلم الاسارى امتنع الاعتصام بهم بالاسلام
وله استرقاقهم بعد الاسلام لانعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء عليهم توفيرا للمنفعة على المسلمين
ولو كانوا اسلموا قبل ان يؤخذوا فليس له الاسترقاق لعدم انعقاد السبب ولا يجوز للامام ان
يفادي بالاسارى اي لا يعطي الكفار اسراهم ويستنقذ بهم اسارى المسلمين من ايديهم
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز ذلك اعني مفاداة الاسارى باسارى المسلمين
وانما خص ذلك في الكتاب تحرزا عن جواز المفاداة بالمال عندهما فانه لو اطلق جوازها عندهما
لدخل فيه ذلك وهو مذهب الشافعي وقد صرح به بعد بقال ولا يجيزه بالمال والضمير قائم
مقام الاشارة اي لا يجيز ذلك بالمال وهذا هو مشهور المذهب والتنبيه عليه من الزوائد

وقال محمد في السير الكبير لا باس به اذا كان بالمسلمين الى ذلك حاجة استدلالا باسارى بدر
وكذلك لا يجوز عليهم المن عندنا وقال الشافعي بجواز الامرين له قوله تعالى فاما منا بعد واما
فداء اي فاما تمنون واما تفدون فداء واعتبارا للمفاداة بالمال بالمفاداة بالاسير المسلم وله
في جواز المن ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في المن على بعض الاسارى يوم بدر ولنا
قوله تعالى فاقتلوهم حيث ثقفتموهم الاية وهذا ناسخ لما تلوناه ولان حق الغانمين في الاسير
الكافر ثابت بسبب القسر والغلبة فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة ولا عوض وما رواه منسوخ بما تلوناه
ولهما في جواز مفاداة الاسارى بالاسارى ان في ذلك تخليص المسلم من يد الكافر واستنقاذه
من اذلاله وذلك اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان في المفاداة اعانة لاعداء الدين وتقوية
لهم بعود الاسارى اليهم حربا ودفع شر الحراب اولى من استنقاذ الاسير المسلم فصار الامر
ان بقاءه في ايديهم ابتلاء من الله له غير مضاف الى الغانمين والاعانة على المسلمين بدفع اعدائهم الى مراكزهم
مضاف الى فعلنا فلا يجوز قال واذا تعذر نقل المواشي في العود لا يتركها ولم يعقروا ولا يعقرها
فتذبح ثم تحرق اذا اراد الامام العود بالجيش والغنيمة في دار الحرب ومعه مواش لم يقدر على نقلها الى دار
الاسلام قال اصحابنا يذبحها ثم يحرقها وقال الشافعي يتركها وقال مالك يعقرها لئلا ينتفع بها
من بعدهم من اهل الحرب وللشافعي نهيه صلى الله عليه وسلم عن ذبح الشاة الا لماكله ولنا
ان ذبح الحيوان لغرض صحيح جائز وفي ذبحها كسر شوكة الاعداء واعدامهم هذه المنفعة المرغوب فيها
وانما يحرق بعد الذبح قطعا لمادة الانتفاع بها وينزل هذا منزلة تخريب البنيان بخلاف التحريق
قبل الذبح لمكان النهي عن تعذيب الحيوان وفي العقر مثلة وهي منهي عنها والاسلحة يحرق منها ما
يحترق وما لا يحترق يدفن في مواضع لا يهتدي اليها الكفار ليقطع انتفاعهم بها قال
ولا تقسم غنيمة الا في دارنا ه قسمة الغنائم لا يجوز في دار الحرب وانما تقسم في دار الاسلام وقال
الشافعي لا باس بقسمتها في دار الحرب والاصل ان الملك عندنا لا يثبت للغانمين قبل الاحراز
بدار الاسلام وعنده يثبت له ان سبب الملك قد تحقق وهو الاستيلاء على مال مباح
باثبات اليد عليه كما في الصيود فصح التصرف منه ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغنائم
في دار الحرب والخلاف ثابت في البيع والقسمة من حيث المعنى بيع معنى فيتناولها النهي ولان سبب
الملك لم يتم لان الاستيلاء هو اثبات اليد الحافظة والناقلة واليد الناقلة غير موجودة لقدرة
اولئك على الاستنقاذ والدار دارهم وهذه الاضافة الينا واليهم مبنية على قوة الشوكة ولهذا
فان الامام يحل له ان يرجع ويترك هذه البقعة المنسوبة اليهم وليس ذلك الا لعجزه عن المقام بين ظهرانيهم
مع قوتهم واذا كان كذلك كانت الغنائم في ايديهم حكما فاذا نقلت الى دار الاسلام تم الاستيلاء

يثبت الملك ثم اختلف في ان موضع الخلاف في هذه المسألة هل هو ترتب احكام القسمة عليها اذا
صدرت عن الامام من غير اجتهاد او الكراهة فقال بعضهم هو ترتب الاحكام فان حكم الملك
لا يثبت بدون ثبوت الملك وقيل بل هو الكراهة فعند محمد هو كراهة تنزيه فانه قال لا تجوز القسمة
عند ابي حنيفة وابي يوسف في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام لان دليل
بطلان القسمة وان كان راجحا عنده انه يقاعد عن سلب الجواز اذا فعله الامام عن اجتهاد فيورث الكراهة
وثمرة الاختلاف واقع في سبب جواز القسمة وهو الملك انه هل يثبت بنفس الاحراز ام لا فاذا القسمة
الامام باجتهاد كان صحيحا كما لو قضى بشهادة الاعمى والمحدود في القذف وقيل المذهب هو الكراهة
دون بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم في اللحاق بالجيش ولانه اذا
اذا قسم في دار الحرب يتفرقوا فيكون ذلك سببا لان يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء نفس القسمة
فلا يمنع جوازها ذكره شمس الائمة في المبسوط قال ـــ ويستوي الردء والمقاتل ه وكذلك الاستواء
في السبب الذي هو مجاوزة الدرب الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب لتمكن الخوف والرعب
في القلوب من حين مجاوزته فيعدون مقاتلين وعند الشافعي لا يستوي بهم في السبب الذي هو شهود
الحرب وعلى هذا اذا لم يقاتل لمرض او لغيره للاستواء في السبب قال ـــ ولو لحقهم المدد قبل
احرازها بدار الاسلام شاركوهم ولو بعد القتال ه المدد اذا لحق العسكر وهم في دار الحرب قبل ان
يخرجوا الغنائم الى دار الاسلام شاركوهم فيه سواء انقضى القتال او لم ينقض وقال الشافعي لا
يشاركونهم بعد انقضاء القتال ولذلك زاد في الكتاب قوله ولو بعد القتال لايضاح موضع الخلاف
وهذه المسألة مبنية على ان السبب هو المجاوزة او شهود الوقعة وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى
وانما ينقطع حق المدد عندنا من الشركة بالاحراز بدار الاسلام او بقسمة الامام الغنائم في دار الحرب
عن اجتهاد او ببيعه اياها في دار الحرب لان بكل من هذه الاشياء يتم الملك في الغنائم للغانمين فينقطع
به حق شركة المدد قال ـــ ولا حق لاهل السوق حتى يقاتلوا ه لان السبب الظاهر وهو
المجاوزة على قصد القتال لم يوجد منهم ليضاف الحكم اليه فوجب اعتبار السبب الحقيقي الذي
هو القتال فيستحق لمن قاتل على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال قال ـــ واذا لم
يكن حمولة تقسمها بينهم ايداعا ثم يرتجعها في الدار فيقسمها ه لا يخلو اما ان يكون مع الامام حمولة
من المغنم او لا يكون فان كان في المغنم حمولة حمل الغنائم عليها لانها وما عليها مالهم وان لم يكن
في المغنم حمولة فاما ان كان في بيت المال او لم يكن فان كان في بيت المال حمولة حمل عليها لان ذلك
للمسلمين وان لم يكن فان كان للغانمين او لبعضهم بعينه دواب فاحدى الروايتين وهو رواية السير
الصغير يحملها جبرا لان في ذلك دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص قال ـــ ولا تباع الغنائم

قبل القسمة ه يعني في دار الحرب لان البيع يستدعي ثبوت الملك ولا ملك قبل القسمة فلا يثبت حكمه
قال ـــ ومن مات في دار الحرب قبل احراز الغنيمة لا يورث نصيبه ه اذا مات احد الغانمين في
دار الحرب فلا حق له في الغنيمة واذا مات بعد اخراجها من دار الحرب قبل احرازها بدار الاسلام فنصيبه
موروث وقال الشافعي رحمه الله من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه وهذا الخلاف بناء على ما
اصلناه انفا فالملك يثبت في الغنيمة عنده قبل الاحراز وعندنا لا ملك الا بعد الاحراز والارث
لا يجري الا بعد ثبوت الملك للمورث قال ـــ ولو وطئ مسبية فولدت فادعاه لا يثبت نسبه ه
اذا وطئ الغانم جارية من السبي فولدت منه ولدا فادعاه يثبت نسبه منه عند الشافعي ويصير ام ولده
وعندنا لا يثبت النسب وهذه بناء على ما تقدم ايضا فعندنا لا ملك قبل القسمة والاحراز وامومية
الولد وثبوت النسب من احكام ثبوت الملك وعنده يثبت الملك قبل ذلك فيثبت احكامه
ويلزمه العقر عندنا ويكون عقرها وولدها والجارية مقسومة بين الغانمين قال ـــ
ويورث اذا مات بعد الاحراز ه اذا مات الغانم بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام فنصيبه
موروث لاستقرار الملك له قبل الموت في الغنيمة فينتقل الى ورثته قال ـــ ولا بأس بان يعلف
العسكر واكلوا ما وجدوه من طعام واستعمال طيب ودهن وتوقيح دابة والتقييد بالحاجة رواية
علف العسكر دوابهم في دار الحرب واكلهم ما وجدوه من طعام لا بأس به مطلقا في رواية
وفي رواية اخرى زادها في الكتاب تقييد ذلك بالحاجة اليه وجه هذه انه مشترك
فلا يباح من دون حاجة كما في الثياب والدواب وجه المطلقة ما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على السبب الظاهر عند خفاء
السبب الحقيقي وكونهم في دار الحرب دليل حاجتهم لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف
دوابه مدة مقامه وقد تنقطع الميرة فبقي على اصل الاباحة للحاجة وليس كذلك السلاح لانه يستصحبه
اياه فلم يقم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده الى المغنم عند الاستغناء
عنه واستعمال الطيب وتوقيح الدابة من الزوائد فتمس الحاجة الى جميع ذلك فيلحق بما قبله
والتوقيح بالواو تصليب حافر الدابة بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة السير وفي بعض نسخ القدوري
ويشعلوا الحطب مكان يستعملوا الطيب وكلا النسختين صحيح قال ـــ ويقاتلون بسلاح يجدونه
الحاجة ه اذا لم يكن له سلاح فلا بأس ان يقاتل بما يجده من سلاح لان الغالب ان المقاتل يستصحب
معه سلاحه فلم يقم دليل الحاجة فادير الحكم على حقيقة الحاجة وقد اطلق القدوري جواز
الاستعمال وصاحب الهداية اوله بالحاجة مريدا ذلك في الكتاب قال ـــ
ولا يبيعوا من ذلك شيئا ه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمنا وانما ذلك على وجه

الاباحه وقد دخل في اطلاق النهي عن البيع البيع بالذهب والفضه والعروض لعدم الضروره الى ذلك
وهو معنى قول القدوري رحمه الله ولا يتمولوه قال فان باع احد منهم شيا رد الثمن الى الغنيمه هذه
المسئله من الزوائد فلو باع احدهم منه شيا فانه يرد الثمن الى الغنيمه لان ثمنه بدل عن حاجه الغانمين
واما الثياب والامتعه فيكره الانتفاع بها قبل القسمه لغير حاجه لشيوع انها مشتركه بين الغانمين
فان احتاجوا اليها في دار الحرب قسمها الامام بينهم لان الحرام يصير مباحا للضروره فالمكروه
اولى لاستباحته عند الضروره والسلاح ايضا يقسم عند الحاجه اليه واما السبي فاذا احتاجوا اليه
لم يقسم بينهم لان الحاجه اليه من فضول الحوائج دون اصولها قال ومن اسلم منهم في دارهم
احرز بنفسه واولاده الصغار وماله الذي في يده او وديعه في يد مسلم او ذمي ه اذا اسلم من
اهل الحرب احد في دار الحرب وقوله في دارهم من الزوائد فقد احرز باسلامه نفسه لان الاسترقاق
اثر الكفر السابق والاسلام ينافي وضع الرق عليه ابتدا واولاده الصغار لان اولاده الصغار حكم باسلامهم
تبعا لاسلامه فينسحب عليهم حكم الاسلام بخلاف اولاده الكبار لانهم كفار حربيون ولا تبعيه
وماله الذي في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولان يده عليه حقيقه واليد الظاهره
عليه حكميه واليد الحقيقه السابقه اولى بالاعتبار ووديعته التي في يد مسلم او في يد ذمي يد صحيحه
معتبره ويد المودع يد المستودع حكما لانها حافظه للمالك وهما موصوفان بالعصمه قال
واذا ظهرنا عليهم كانت زوجته وعبده المقاتل فيئا ه اما الزوجه فلانها كافره حربيه وليست
تابعه في الاسلام فكانت فيئا واما عبده المقاتل فلانه لما قاتل كان متمردا على مولاه ملتحقا
باهل الدار فكان تابعا لهم قال وعقاره في ه وفي رواية وجعله في اخرى كالمنقول
ويوافق الاول في قوله الثاني والثاني في قوله الاول ه اذا ظهرنا على دار الحرب فعقار من اسلم هو
فيهم في وفي قول ابي حنيفه وفي قول ابي يوسف الاخر وفي قول محمد في روايه وفي روايه عن محمد هو
قول ابي يوسف الاول وهو مذهب الشافعي ان عقاره له وليس في اعتبار انه من الاموال اعتبارا
بالمنقول وقيل هو بنا على ان الغصب حقيقه لا يتحقق في العقار عندهما وعند محمد يتحقق ووجه
في كون العقار فيئا ان اليد على العقار انما هي يد حكميه ودار الحرب ليست بدار للاحكام فلا اعتبار
لليد فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد ظهورهم يد الغانمين هي المعتبره لانها اقوى من يده فيها وذكر
الروايتين عن محمد والقياس على المنقول من الزوائد والضمير في قوله الباقي وقوله الاول لابي يوسف
ونعني بالاول ابا حنيفه وبالثاني محمدا الا انهما منكوران فقيل قول ابي يوسف قال وديعه
في يد حربي فيء وما غصبه وهو في يد مسلم او ذمي فيء وبوافقه في روايه ه هاتان مسئلتان
الاولى اذا ظهرنا على دار الحرب فما وجدناه في يد حربي لمن اسلم عندهم من مال فهو فيء بسواء

كان وديعه او غصبا ولم يجر ذكر الغصب في الكتاب لان المسئله الثانيه صرح فيها بان المغصوب
في يد المسلم فيء فكان في يد حربي اولى ان يكون فيئا والعله ان يد الحربي ليست يدا محترمه فلا يعتبر
ولا يقال ان يد المودع هي يد المالك حكما ولو كانت هذه الوديعه في يد المالك كانت معصومه فكذلك
اذا كانت في يد من يده كيده لانا نقول يد المودع هي يد المالك من وجه وليست كيده من وجه
والعصمه لم يكن ثابته فلا تثبت بالشك وهذا لان يد المالك يد معصومه لانه مسلم ويد المودع الحربي
ليست معصومه فلم يمكن جعلها كيد المالك ذكره قاضي خان في جامعه المسئله الثانيه اذا ظهرنا
عليهم فما وجدناه من مال من اسلم عندهم وهو مغصوب في يد مسلم او في يد ذمي فهو في عند ابي
حنيفه وقالا لا يكون فيئا هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول
ابي يوسف مع ابي حنيفه وكذلك زاد هذه الروايه الموافقه له في الكتاب وعن ابي يوسف
روايتان احداهما توافق قول ابي حنيفه والاخرى قول محمد لهما ان المال من توابع النفس
والنفس معصومه فيستتبع المال في العصمه ولابي حنيفه انه مباح ورد عليه الاستيلا فيملكه من استولى
عليه والنفس ليست معصومه بالاسلام ليستتبع المال لان النفس ليست متقومه لذاتها في الاصل بحرمه
التعرض لها لان الادمي مخلوق لحمل اعبا التكاليف ولا يتمكن من ادائها الا بالبقا ولا بقا الا بالعصمه
وحرمه التعرض الا ان الدليل يقاعد عن العمل عند قيام المانع وهو الكفر والشر الصادر من المحارب فاذا اسلم
زال المانع فعمل الاصل السابق عمله واما المال فخلوق في الاصل عرضه للامتهان والانتفاع به فكان في نفسه
محلا للتملك وليس في يده حكما فلم يثبت العصمه فيه قال واذا خرجوا من دار هم لم يعلفوا من الغنيمه
ولا ياكلوا منها ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمه ويتصدق به بعدها ه اذا خرج المسلمون من دار الحرب لم
يجز لهم ان يعلفوا من الغنيمه ولا ان ياكلوا منها لان الاباحه كانت بعارض الحاجه والضروره وقد انقطعت
ولان الحق قد تاكد الان حتى يورث نصيب من مات منهم ولا كذلك قبل الاخراج الى دار
الاسلام واذا فضل مع احدهم علف او طعام رده الى الغنيمه هذا اذا كان قبل القسمه
وقد ذكرنا ذلك في الكتاب وهو المراد باطلاق القدوري وهذا لان اختصاص البعض
بعض ذلك مبني على الحاجه والضروره وقد زالتا وهذا الخلاف المتلصص لانه احق بما احده
قبل الاحراز وكذا يكون احق به بعده واما اذا قسم الامام وفضل مع احدهم شي بعد
القسمه يتصدق به وهذا من الزوايد ايضا يعني اذا كان غير محتاج اما اذا كان محتاجا اليه
فهو اولى بالانتفاع به وهذا لانه في حكم اللقطه لتعذر رده على جمله الغانمين وان كان
قد انتفع به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم قبل القسمه واما بعد القسمه فالغني يتصدق بقيمته
والفقير لا شي عليه لقيام القيمه مقام الاصل فاخذ حكمه ه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين للفارس سهمان وقالا ثلاثة ويعطى الراجل
سهما ش يقسم الغنيمة على خمسة اسهم ويرفع الخمس لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول
ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ثم بين كيفية القسمة عليهم ويقسم اربعة
الاخماس على الغانمين لانه صلى الله عليه وسلم قسمها بينهم والفارس منهم له سهمان عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي وللراجل منهم واحد بالاتفاق لهم
ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل
سهما ولان استحقاق الراكب بعنايته في الحرب وكفايته ثم وعناؤه على ثلاثة امثال الراجل
فانه للكر والفر والثبات وليس يصلح الراجل الا للثبات وله رواية ابن عباس رضي الله
عنهما انه صلى الله عليه وسلم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما ورواية ابن عمر ايضا انه
عليه السلام قسم للفارس سهمين فتعارضت روايتا فعله عليه السلام وروايتا ابن عمر فوجب
الرجوع الى القول وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم والكر والفر جنس واحد
فيكون غناء الراكب ضعف غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه لما تعذر ربط الزيادة لتعذر
الوقوف على الحقيقة ادير الحكم على السبب الظاهر والفارس نفس وفرس والراجل نفس واحدة
فكان استحقاق الراكب على ضعفه قال ولا يسهم الا لفرس واحد ش وقال ابو يوسف
رحمه الله يسهم لفرسين لما روي انه صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين ولان احدهما
قد يعيا فيحتاج الى الآخر وله ان البراء بن اوس رضي الله عنه قاد فرسين فلم يسهم النبي صلى
الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بهما جميعا دفعة واحدة فلم يكن السبب
الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا فانه لا يسهم لثلاثة وما رواه ابو
يوسف محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل قال ويستوي
البراذين والعتاق ش لان ارهاب العدو مضاف الى جنس الخيل في قوله تعالى ومن رباط الخيل
ترهبون به عدو الله وعدوكم والجنس شامل للبرذون والهجين والمقرف ولان في كل
منها جنس منفعة مطلوبة فكما ان في العربي القوة على الكر والفر والطلب والهرب ففي البرذون
لين العطف والثبات والصبر فاستويا قال ولا يسهم لبغل ولا راحلة ش لان ذلك
آلة فلا يستحق صاحبها لاجلها شيئا كسائر الآلات ولئن كان القياس في الفرس ذلك الا انه
عدل به عن سنن القياس للنص فبقي ما سواه على اصل القياس قال ويعتبر حال مجاوزة
الدرب لا انقضاء الحرب فمن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم فارس او دخل راجلا فاشترى

فرسا فسهم راجل ش ذكر اصلا وبنى عليه فرعه فالاصل عندنا في استحقاق سهم الفارس
والراجل اعتبار مجاوزة الدرب الفاصل عن دار الاسلام والحرب فمن دخل دارهم وجاوز
الدرب وهو فارس استحق منهم الفرسان ومن دخل راجلا استحق سهم راجل وان اشترى فرسا
بعد ذلك والاصل عند الشافعي اعتبار حاله انقضاء الحرب وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة انه
اذا جاوز راجلا ثم اشترى فرسا انه يستحق سهم الفرسان له ان سبب الاستحقاق حقيقة هو
القهر والقتال فوجب اعتبار حال المقاتل عند ذلك فارسا وراجلا والمجاوزة وسيلة الى
ادراك هذا السبب وتعليق الاحكام بالاسباب هو الاصل عند الامكان وهو الاصل الا ترى
ان سوق العسكر لا يعطون الا ان قاتلوا وكذلك الصبي والعبد المحجور عليهما يرضخ لهما بحسب
قتالهما ولولا الامكان لما علق الحكم به ولئن تعذر ذلك وتعسر وجب تعليق الحكم بشهود الوقعة
لانه اقرب الى القتال من مجاوزة الدرب ولنا ان تعلق الاستحقاق اما ان يكون بحقيقة القتال
او بالتمكن منه او بشهود الوقعة او بحال انقضاء الحرب او بدخول الدرب لا جائز ان يتعلق بحقيقة القتال
لان الفارس لو ربط فرسه حال القتال وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفرسان مع ان الوقوف
على حقيقة القتال متعسر ولا جائز ان يتعلق بالتمكن من القتال على فرس مستعان لا يستحق سهم الفرسان
لان التمكن من القتال ثم
ولا جائز ان يتعلق بشهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين والاشتغال بالحراب فالوقوف على ذلك متعسر
ايضا واسباب الاحكام يجب ان تكون ظاهرة غير متعذرة ولا متعسرة ولا جائز ان يتعلق بحال
انقضاء الحرب لان المقصود بالخيل ارهاب العدو ومباشرة القتال وذان يحصلان قبل انقضاء
الحرب لا بعده فوجب التعليق بالسبب الظاهر وهو حال مجاوزة الدرب الذي به يحصل
ارهاب العدو وخوفه واستعلامه كمية اعداد الركبان والرجال فهو مبدا الحرب والقتال وما
بعد هذه الحالة حالة تقاود ودوام والاعتبار للابتداء لا للبقاء فروع ولو دخل فارسا
وقاتل راجلا استحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه او آجره او رهنه
ففيه روايتان احداهما وهي رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا
للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات دليل على انه
لم يقصد بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا لو باعه
حال القتال عند بعض المشايخ والاصح انه يسقط لان البيع دليل على ان الغرض انما هو التجارة وانما
ينتظر به عزة متاعه قال ويرضخ لعبيد ومكاتب وصبي وذمي يقاتلون بما يراه الامام او
يدل الذمي على الطريق وللمراة تقوم بامور الجرحى والمرضى ش العبد والمكاتب والصبي والذمي
والمراة لا يسهم لهم ولكن يرضخ لهم الامام على حسب ما يراه لما روى ابو هريرة عنه انه صلى الله عليه

وسلم انه يسهم للعبيد والنساء والصبيان وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه يرضخ للعبد
والمرأة ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة اي لم يسهم لهم ولان الجهاد
عبادة وهؤلاء ليسوا من اهلها اما الذمي فظاهر واما المرأة والصبي فعاجزان عنه ولذلك لم
يفرض عليهما واما العبد فمشغول بخدمة المولى وله منعه عن القتال وانما يرضخ لهم تحريضا على القتال
مع اظهار انحطاط رتبتهم عن رتبة غيرهم وزاد في الكتاب لانه بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم
العجز فيمنعه المولى عن القتال وزاد قوله يقاتل لان العبد انما يرضخ له اذا قاتل لان دخوله لم يكن على
قصد القتال لانه خادم لمولاه فصار كدخول التاجر فاذا قاتل رضخ له وزاد ايضا قوله او يدل الذمي على
الطريق اي انما يرضخ للذمي اذا قاتل او دل على الطريق وعورات المشركين من غير قتال لان في ذلك
منفعة للمسلمين ويجوز للامام ان يزيده على السهم في الدلالة اذا كان فيها منفعة عظيمة للمسلمين لان
ذلك ليس من عمل الجهاد فيجوز ان يزاد ولا يبلغ به السهم في القتال اذا قاتل لانه من الجهاد فيجب ان لا يبلغ
به منصب المسلمين قال ـــــ ومحله من غير الخمس ش الضمير للرضخ فعندنا ما يرضخه الامام لهؤلاء
يكون من اربعة الاخماس وعند الشافعي من الخمس له انه مأذون له في الخمس حق الغانمين فلا يكونون من احمد
بهم غيرهم ولنا انهم يستحقون ذلك بسبب القتال فكانوا من الغانمين الا انه نقص حقهم عن حقوق
الغانمين ونقصان حقوقهم لا يخرج عن ان يكون من الغانمين لان السهم للراجل اقل من سهم الفارس قال
ويقسم الخمس سهما لليتامى وسهما للمساكين وسهما لابناء السبيل يدخل فيهم فقراء ذوي القربى
ويقدمون ولا يدفع لاغنيائهم وسقط سهمه صلى الله عليه وسلم بموته كما سقط الصفي وكان استحقاق
ذوي القربى بالنصرة وبعده بالفقر ش اما القسمة على ثلاثة اسهم فلما روى الكلبي عن ابي صالح عن
ابن عباس رضي الله عنهما ان الخمس كان يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم
سهم لله ولرسوله وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل ثم قسم ابو بكر وعمر
وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة اسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل واما دخول فقراء ذوي القربى
فيهم وتقديمهم ومنع الاغنياء فالخلاف فيه مع الشافعي فعنده يدفع اليهم خمس الخمس ولا يمنع
اغنياؤهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين له ان اطلاق الكتاب لم يفصل بين الغني
والفقير واثبت لهم الاستحقاق بحرف اللام ولنا ما روينا ولو كان لذوي القربى حق لم يجز
لهم اسقاطه واتفاق اهل السيرة على انه صلى الله عليه وسلم نفل الخمس يوم هوازن ولم يعط هاشميا منه
شيئا وقسم خيبر ومنع العباس رضي الله عنه وقسم لفاطمة دون ام كلثوم رضي الله عنهما ولو كان حقا لهم
لما سهم كالميراث ومنع الغانمين من حقوقهم وروى عبد الله بن ابي ليلى عن علي رضي الله عنه ان فاطمة اتت
النبي صلى الله عليه وسلم وقد بلغها انه اتي بسبي فسألته خادما فلم يعطها ولعنت عائشة ثلاثا الى

النبي صلى الله عليه وسلم اخبرته بما سألت فاتانا وقد اخذنا مضاجعنا فذهبنا لنقوم فقال مكانكما
وقعد بيننا فقال الا ادلكما على خير مما سألتماني تكبران الله اربعا وثلاثين وتسبحانه ثلاثا وثلاثين
وتحمدانه ثلاثا وثلاثين اذا اخذتما مضاجعكما فانه خير لكما من خادم ومن المشهور انه لم يسو بينهم
ولم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولان النبي عليه السلام قال يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم
غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت له المعوض
وهم الفقراء وقد كان صلى الله عليه وسلم يعطيهم للنصرة لا بالاسم الا ترى انه عليه السلام
اعطى بني المطلب وحرم بني امية وهم ليسوا اقرب فان امية اخو هاشم لابويه والمطلب اخوه
لابيه دلنا ذلك على ان الاستحقاق لم يكن بالقرب ومما يقرر ذلك ما روى سعيد بن المسيب
عن محمد بن جبير عن ابيه قال لما وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في
بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس انطلقت انا وعثمان فقلت يا رسول الله هؤلاء
بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا
وقرابتنا واحدة فقال صلى الله عليه وسلم انهم لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام وانما بنو المطلب
وبنو هاشم كشيء واحد وشبك بين اصابعه دلنا ذلك على ان الاستحقاق بالنصرة قال شمس الائمة السرخسي
وليس المراد نصرة القتال وقد كان موجودا من عثمان وجبير بن مطعم وانما اراد نصرة الاجتماع
اليه للمؤانسة في حال هجر الناس اياه على ما روي ان الله تعالى لما بعث رسوله من بني هاشم
رأت قريش ان الخير فيهم حسدوهم وتعاقدوا ان لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا
اليهم رسول الله فيقتلوه وتعاقد بنو هاشم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم واليه قد اشار
الحديث لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام واذا ثبت ان الاستحقاق بتلك النصرة ولم يبق بعد وفاته
عليه السلام فلم يبق الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لعدم الحكم عند عدم علته او نقول
ثبت بالكتاب ان الاستحقاق بالقرابة وبفعل رسول الله ان الاستحقاق بالنصرة فكان الاستحقاق
ثابتا بعلة ذات وصفين القرابة والنصرة وقد عدم احد الوصفين وهو النصرة بعد وفاته فانتفى الاستحقاق ق
كما انتفى حين عدمت النصرة في حق بني نوفل وبني عبد شمس لمنعهم في حياته فبنو هاشم وبنو عبد المطلب
بعد وفاته بمنزلة بني نوفل وبني عبد شمس في حياته وقوله وسقط سهمه صلى الله عليه وسلم بموته كما
سقط الصفي هذا التفاوت الى الاية فان المذكور فيها سنه وقد فسره ابو العالية كذلك فقال يصرف سهم
الله الى عمارة الكعبة ان كانت القسمة قريبا منها والا فالى عمارة الجوامع القريبة من القسمة لانها مواضع مضافة
اليه وهذا السهم مضاف اليه فيصرف اليها ولسنا ناخذ بذلك فذكر اسم الله ليس للاستحقاق لان الدنيا

سهمًا فيها لله تعالى ولكن ذكر للتبرك وللتشريف لهذا المال لأن إضافة شيء من الدنيا إلى الله تعالى على الخصوص لمعنى التشريف كالمساجد والكعبة وهذا المعنى يتحقق في الغنيمة لأنها أصيبت بطريق فيه إعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دينه وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه عليه السلام من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي يصرف سهمه صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة وذوو القربى كانوا يستحقون سهمهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال صاحب الهداية وهذا قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضًا لما فيه من معنى الصدقة نظرًا إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة أعني عامل الزكاة إذا كان هاشميًا لا يعطى شيئًا لأنه يسمى الصدقة ووجه قول الكرخي وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء منهم أما الفقراء منهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة قال وإذا دخل واحد أو اثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن لم يخمس أو بإذن خمس على المشهور أو جماعة لهم منعة يخبر إذن خمس إذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب بغير إذن الإمام فأخذوا شيئًا لم يخمس لأن الغنيمة هي ما أخذ قهرًا وغلبة لا اختلاسًا وسرقة والخمس وظيفة الغنيمة ولو دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب بإذن الإمام ففي التخميس روايتان أشهرهما أنه يخمس وهذه المسألة من الزوائد لأن إذن الإمام بالدخول إليهم مستلزم لالتزامه نصرتهم فكان إذنه لهم كمنعتهم وإن دخل جماعة لهم منعة فأخذوا شيئًا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ من دار الحرب عنوة وقهرًا فكان غنيمة فيخمس ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم لأنه لو لم ينصرهم خذلانًا لهم وفي ذلك إلحاق الوهن والضعف بالمسلمين بخلاف الواحد والاثنين حيث لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بالتنفيل حال القتال فيقول الإمام من قتل قتيلًا فله سلبه فيأخذ ما عليه من ثيابه وسلاحه ومركبه بسرجه وآلته وما معه أو محمولًا على دابته من ماله ويقول للسرية لكم الربع بعد الخمس ويقطع به حق الغير ويثبت الملك بالإحراز لا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلًا فله سلبه أو يقول لسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس أي بعد ما رفع الخمس وهذا لأن التحريض على القتال مندوب إليه قال تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهو حاصل بالتنفيل ثم التنفيل قد يكون بما ذكر وقد يكون بغيره إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لتضمنه إبطال حق الكل فإن فعل ذلك مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد يكون المصلحة فيه تشجيعًا أولئك وكذا السلب ما على المقتول من ثيابه

وسلاحه فأخذه وكذلك يأخذ مركبه وما على المركب من سرج وآلة وما معه على دابته من مال في حقيبته أو على وسطه كذا ذكره صاحب الهداية وما عدا ذلك فليس بسلب وكذا ما كان مع غلامه على دابة أخرى وقد أشار إلى هذه المسألة بقوله أو محمولًا على دابته بالإضافة الدالة على التخصيص وحكم التنفيل انقطاع حق الباقين عنه وأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما قدمنا من قبل وفائدة ذلك تظهر فيما إذا قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يجوز بيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له وطؤها وبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهذا من الزوائد قال وإذا لم ينفل يجعل السلب غنيمة لا يختص به القاتل لمن أزال منعه مقبل زمان الحرب كقطع طرفيه أو أسره إذا لم يجعل الإمام السلب للقاتل فالسلب من جملة الغنيمة والمقاتل وغيره سواء وقال الشافعي رحمه الله السلب لمن أزال منعه مقبل احترازًا عما إذا قتل مدبرًا أو أزال المنعة ويكون ذلك زمان الحرب احترازًا عما قبله وبعده ومثل إزالة المنعة بقطع الطرف أو أسره وهذه القيود زوائد واعتبارها هو الصحيح من مذهب الشافعي دون تخصيص القاتل لأن من أزال منعة المقبل أقبل له أكثر غناء فيخص بسلبه إظهارًا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة جيش الإسلام فكان غنيمة ووجب أن يقسم قسمة الغنائم عملًا بالنص وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك ولا اعتبار بزيادة العناء لأنه في جيش واحد فدار الحكم على السبب الظاهر وإنما يقع الاعتبار بالعناء إذا اختلف الجنسان كالفارس والراجل لإمكانه لو توقف عليه قال ولا ينفل بعد الإحراز إلا من الخمس إذا أحرزت الغنائم بدار الإسلام فلا تنفيل لأن حق الغير قد تأكد فيها بسبب الإحراز وإنما استثنى الخمس لعدم حق الغانمين فيه

فصل في استيلاء الكفار

قال وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها وإذا غلبنا عليهم حل لنا إذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن أموالهم مباحة وقد وقع الاستيلاء عليها والاستيلاء على المباح سبب الملك منه على ما بيناه فإن غلبنا نحن على الترك حل لنا ما نجده من ذلك المال المستولى كله اعتبارًا بسائر أملاكهم قال وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يحكم بملكهم إذا غلب الكفار على أموالنا وأحرزوها بدار الحرب ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لأن هذا الاستيلاء محظور مطلقًا ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببًا للملك على ما عرف في أصول الفقه من جهة الشافعي أن المحظور لا ينتهض سببًا للملك وهو نعمة ولنا أن الاستيلاء على مال مباح فانعقد سببًا للملك كما لو استولينا على أموالهم وهذا لأن العصمة ثابتة

على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك في الانتفاع بالمال فاذا زالت المكنة عاد مباحا
كما كان الا ان الاستيلا لا يتحقق الا بواسطة الاحراز بالدار لانه حينئذ يكون مقدورا على
المستولى عليه في الحال والمال والمحظور لغيره قد يصلح سببا لما هو اعظم من الملك كالوطي في الثوب
عن الصلوة في الارض المغصوبة فاولى ان يصلح سببا لما هو دونه وهو الملك وهذا الدليل مبني على
ان الاصل في الاشيا الاباحة وهو مذهب المعتزلة والصحيح من مذهب اهل السنة ان الاصل في
الاشيا الوقف حتى يرد الشرع فالوجه على هذا الاصل ان العصمة في جملة الاحكام الشرعية
ثابتة بخطاب الشرع فمن كان مخاطبا بحقوق الشرع ظهرت العصمة في حقه والكافر غير مخاطب
الشرع فمن كان مخاطبا بحقوق الشرع ظهرت في حقه والكافر غير مخاطب بحقوق الشرع عندنا فلم
تظهر العصمة في حقه فبقي مالا غير معصوم والاستيلا على مال غير معصوم موجب للملك وعلى
مذهب الشافعي الكفار مخاطبون بالشرايع فظهرت العصمة في حقهم فلم يملكوا بالاستيلا قال
واذا ظهرنا عليهم قبل القسمة صارت لاربابها او بعده اخذوها بالقيمة ان شاؤا ه اذا ظهر
المسلمون على الكفار فوجدوا اموالهم قبل ان يقسموها فهي لاربابها بغير شي وان وجدوها
بعد ان يقسموها اخذوها بالقيمة ان يختاروا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو
لك بغير شي وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك الاول زال ملكه بغير رضاه
فكان له حق الاخذ نظرا له اما بعدها فلقسمته في الاخذ بغير شي ضرر بالماخوذ منه بزوال ملكه
الخاص فياخذه بالقيمة نظرا لهما جميعا قال وان اشتراها تاجر وخرج بها اخذها مالكها
الاول بالثمن والا ترك وان وهب له فبالقيمة ه اذا دخل تاجر الى دار الحرب فاشترى شيئا من
تلك الاموال واخرجه الى دار الاسلام فالكه الاول بالخيار ان شا اخذه بالثمن الذي اشتراه به
وان شا تركه لان اخذه منه مجانا مستلزم للضرر في حق التاجر لانه قد دفع العوض في
مقابلته فكان الاخذ بالثمن اعدل نظرا لهما جميعا هذا اذا اشتراه بنقد فان كان اشتراه بعرض
اخذه بقيمة ذلك العرض وان كان قد وهب له اخذه بالقيمة لانه بالهبة ثبت له فيه ملك خاص فصار
كما اذا قسم فلا يزال ملكه الخاص الا بقيمته ومسئلة الهبة زيادة قال وان ظهر ما
حصل عبد لنا لبعض الغانمين بالقسمة ففقيت عيناه واغرم قيمته وتسلمه فمالكه الاول
اخذه بالقيمة اعمى وفاء الا تسلمها ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اسر عبد لمسلم وادخل دار
الحرب وظهر المسلمون على الدار فاخذوه وتقلوه مع ساير الغنايم الى دار الاسلام وقسموا
الغنايم فصار ذلك العبد لبعض الغزاة على الخصوص ثم فقا رجل عينه وسلمه المولى الى الفادي واخذ
منه القيمة كلها ثم جا المالك القديم فله ان ياخذه من الفادي بقيمته اعني ان شا والا ترك ولا

ياخذه بقيمته التي اداها الفادي الى المولى وهذا الاختلاف بنا على ان القيمة التي اداها الفادي بدل
عن العينين عند ابي حنيفة وسلمه للجثة اليه شرط امكان اخذ جميع القيمة فكانما حصلت له بغير شي
كما لو وهب له وعندهما ما اداه الفادي بدل عن العينين وعن الجثة جميعا فكان اخذه اياه بذلك بمنزلة
الشرا والعين شيء ماخذا المالك القديم الجثة من الفادي بالفدا الذي دفعه الفادي ان يختار ه
قال ـــــ وامة له باعها الغانم بالف فولدت ومات فاراد الاول اخذه ونفيه بالف لا بالحصة
قال ابو يوسف اذا اسر الكفار جارية مسلم واحرزوها ثم ظهر المسلمون واحرزوها فوقعت في سهم
غانم فباعها بالف ثم ولدت ولدا في يد المشتري ثم ماتت فجا المالك القديم يطلب الولد فله اخذه
بالف ان شا وقال محمد له اخذه بحصته من الالف اذا قسمت على قيمة الام يوم القبض بحكم البيع وقيمة
الولد يوم الاخذ فما اصاب الولد فهو حصته وياخذه ان شا لان الولد صار اصلا بسبب البقاء
الى وقت الاخذ فانقسمت الالف عليه وعلى امه وصار كانهما كانا موجودين زمان الشرا وقد
هلكت الام واراد المالك اخذ الولد فانه ياخذه بحصته من الثمن كذا هنا ولابي يوسف ان الولد
تابع فقام الام وجزءها فكان بمقاره كتقاجمله اجزائها الا ترى ان ولد المكاتبة لما كان قائما بها
وجزءها كان يقاومه كتقاجمله اجزائها حتى لهم يعع التفاوت في حق نقا كل البدل من نقاها
وبقايه واذا قام مقامها لم يكن له اخذه الا بالالف كلها قال ـــــ نملك حرنا ولا مدبرا
ولا مكاتبا ولا ام ولد باستيلا ونملك عليهم المسلمون ه لان السبب انما يترتب على حكمه اذا
صادف محله والمحل هو المال المباح والحر معصوم بنفسه باعتبار ان الادمي خلق متحملا اعبا التكليف
ولا قدرة على التكليف الا بواسطة العصمة فكان التعرض له حراما الا ان المقتضي بقاعد عن العمل في
حق الكافر لوجود المعارض وهو الحاجة الى دفع شره وفي حق المسلم سلم المقتضي عن معارضة المانع
فعمل عمله والمدبر والمكاتب وام الولد ثبت لهم الحرية من وجه فالحقوا بالحر مطلقا واما الكفار
فقد اسقط الشرع عصمتهم جزا لجناياتهم وجعلهم ارقا قال ـــــ والعبد اذا ابق اليهم
فاخذوه لم يملكوه وان ند اليهم بعير ملكوه ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا ابق عبد لمسلم
فدخل دار الحرب فاخذوه لم يملكوه وقالا يملكونه لان العصمة فيه لحق المالك لقيام يده عليه
وقد زالت يده ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه بالاباق ظهرت يده
على نفسه وهذا لان سقوط اعتبار يده نفسه انما كان لحق المولى ليتحقق يده تمكينا له من الانتفاع به
ولما زالت يد المولى ظهرت يده على نفسه فصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد
لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار المانعة من ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي
حنيفة ياخذه مالكه القديم بغير شي موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وامسا

بعد القسمة فيؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم
وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه حيث يزعم أنه ملكه وإذا ند البعير إليهم
فأخذوه ملكوه اتفاقا لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من الدار بخلاف العبد على ما ذكرنا

فصل في المستأمن

قال وإذا دخل مسلم إلى دارهم تاجرا لا يتعرض لدم ولا مال وإن تعرض بغدر وأخرج
به ملكه حراما فيتصدق ف المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان لم يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم
ولا دمائهم لأنه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فيكون التعرض بعد الاستئمان غدرا والغدر حرام
إلا إذا غدر بالغدر من ملكهم فأخذ ماله أو أمر بحبسه أو فعل ذلك غيره على علم من الملك ولم
يمنعه منه لأنهم نقضوا العهد وهذا بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض
وإن غدر التاجر بهم وأخذ مالا وأخرج به ملكه ملكا حراما يؤمر بالتصدق به أما الملك
فلورود الاستيلاء على المال المباح وأما الحرمة فلأنه حاصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا
في الملك فيؤمر بالتصدق به وهذا لأن الخطر لغيره فلا يكون مانعا من انعقاد السبب على ما مر
قال والمستأمن منا إذا أربى مع مسلم هناك فهو جائز ه إذا دخل مسلم دار الحرب بأمان
فعقد عقد الربا مع من قد أسلم هناك ولم يخرج إلى دار الإسلام قال أبو حنيفة حل له ما أخذه بذلك
السبب وقالا لا يحل له لأنه عقد بين مسلمين فكان حراما كما لو كانا أسيرين في دار الحرب وله
أن المسلم فيه وإن صار ما في يده من أمواله المنقولة معصوما بإسلامه لإحرازه بإسلامه نفسه
وماله الذي في يده من كل وجه لكن لم يتم عصمته ولا عصمة أمواله لكونه تبعا لأهل دار الحرب
مقهورا في يد عظيمهم ولهذا كان عقاره لا يصير معصوما لكونه جزءا من أجزاء دار الحرب وكلها
في يد عظيمهم فيستتبع الكل الجزء بالأصالة فزاحمت يد عظيمهم مع عمومها على يده مع خصوصها
بخلاف ماله المنقول لأن يده الحافظة زاحمت يد الخصوص لكنها لم تنتظم ولم تكمل للقاء بحيث
قهر عظيمهم فكانت عصمة أمواله المنقولة ناقصة تبعا لنقصان عصمته لبقائه تحت قهرهم
فكانت أمواله المنقولة معصومة من وجه وغير معصومة من وجه فمن حيث العصمة لم يحل
الأخذ إلا برضاه ومن الجهة الأخرى يحل الأخذ برضاه وقد رضي ههنا بالأخذ فعلله الربا
فيكون حلالا كالمال للحربي يحل للمسلم المستأمن إذا أخذه برضاه بخلاف الأسيرين لثبوت
عصمة أموالهما من كل وجه تبعا للعصمة الأصلية والأصل فيها أن الحال بوحدة المنزل ولم يوجد
قال وبحرمه مع الحربي ه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا دخل التاجر دار
الحرب بأمان فباع حربيا درهما بدرهمين أو باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة بمال أو قامرهم فقمرهم

وأخذ ذلك المال حل له وقال أبو يوسف لا يحل لأن هذه التصرفات حرام على المسلم إنما كان وهذا
لم يحرز المسلمين الداخلين ثمة بأمان ولهما أن أموالهم مباحة لنا حتى حل لنا أخذها لظفرنا
به منها وإنما لم يحل للمستأمن منا أخذ ذلك لأنه يكون غدرا وفي هذه الصورة لا يكون الأخذ
غدرا لأنه أخذ عن رضا منهم فلا حرمة كأخذ الصيد والحشيش قال وقتل أحد الأسيرين
صاحبه لا يوجب دية ولا قصاصا ويجب الكفارة في الخطأ وقالا عليه الدية في ماله كالمستأمن من
قال أبو حنيفة رضي الله عنه في المسلمين إذا أسرا ودخلا دار الحرب فقتل أحدهما
صاحبه عمدا أو خطأ لا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقالا عليه الدية في ماله لهما
أنه قتل مسلما بغير حق إلا أنه في العمد سقط القصاص للشبهة فيجب الدية وصار كما لو دخلا
دار الحرب مستأمنين فقتل أحدهما الآخر فإنه يلزمه الكفارة في الخطأ والدية في
ماله في العمد والخطأ كذا ذكره صاحب الهداية من غير خلاف ولأبي حنيفة أن الأسيرين
بحكم القهر صارا تبعا لهم والأصل غير معصوم فكذا التبع وبدون العصمة الكاملة لا تجب الدية
كما لو قتل في دار الحرب المسلم الذي دخل إليهم بأمان من أسلم منهم ولم يهاجر قال
وثبت العصمة المقومة بالدار لا بالإسلام إذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ
وله ورثة مسلمون في دار الحرب فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية
في الخطأ ويجب القصاص في العمد وهذا الخلاف بناء على ما ذكره في الكتاب من الأصل وهو
أن العصمة عنده تثبت بالإسلام بنفسه العصمة المقومة بأنه بالإحراز بدار الإسلام ولكونه
ثابتة بالإسلام وقد اكتفى بذكر الأصل في الكتاب عن ذكر الفرع له أنه أراق دما معصوما لوجود
سبب العصمة وهو الإسلام لأن الإسلام سبب الكرامة وهذا لأن أصل العصمة وهي المؤثمة ثابتة
إجماعا لحصول الزجر بها والمقومة كمال في الزجر لحصول كمال الامتناع عن التعرض للمعصوم فتكون
العصمة المقومة تابعة للمؤثمة تنزل منها منزلة الوصف من الأصل فتعلق بما علق به الأصل ولنا
قوله تعالى فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير جميع الموجب
إما نظرا إلى حرف الفاء المستعمل في الجزاء الذي هو عبارة عن الكافي وإما لأنه كل المذكور
فيجب انتفاء غيره بإشارة النص ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأنه خلق متحملا أعباء التكاليف ولا
قدرة على القيام بها إلا بعدم التعرض والأموال تابعة للآدمية وأما العصمة المقومة فالأصل
فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت لأن من فوتها ويستهلكها يجب عليه عوضها
ومعنى التقوم إقامة غيرها مقامها عند الإتلاف وهذا في الأموال دون النفوس لأن القتل
إن كان عمدا فالموجب القصاص ولا خير فيه للفائت وإن كان خطأ فالدية غير مماثلة للنفس

والخبر باقامة المثل مقام الفائت صورة او معنى والمماثلة من شرط جبر الفائت وهي في المال
دون النفس وكانت النفوس تابعة للاموال في العصمة المقومة ثم ان المقومة في الاموال بالاحراز
بدار الاسلام لان العزة بالمنعة لان التقوم يشعر بالعزة فتثبت بسبب له اثر في العزة
وهو منعة المسلمين في دار الاسلام فكذلك في النفوس لانها تابعة للاموال في المقومة
والشرع اسقط منعة الكفار لانه اوجب ابطالها ولا نبقى لنا بال المرتد والمستأمن في دارنا لا ينقو
نفوسها لانا نقول هم في الصورة في الدار ومن حيث المعنى في دار الحرب لقصدهما الانتقال اليها
فكانوا في دارهم حكما لان العبرة للمعاني قال ولو اشترى امة في دارهم واستبراها
بحيضة ثم باعها لا يجوز الا بعد اخراجها واجازه قبله ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اشترى
المسلم جارية من اهل الحرب في دارهم واستبراها بحيضة لم يطأها حتى يخرجها الى دار الاسلام
وقال محمد له ان يطأها بعد الاستبراء وقبل الاخراج لانه ملكها بالشراء وهو مطلق للتصرف
وله ان الملك فيها انما يتأكد بالاحراز بدار الاسلام فكان تمام الملك بالاحراز الا ترى انه
يشركهم المدد في الغنائم اذا لحقهم قبل الاحراز بالدار قال ولو زنا ثمة لا يحد ه هذا فرع
اختلافهم في ان دار الاسلام عندنا غير دار الحرب والاحكام متغايرة وعند الشافعي متحدة فاذا
زنا في دار الحرب كان كالزنا في دار الاسلام في وجوب الحد لان المحرم باق ولا اثر للدار في
نفي الوجوب وعندنا انه لما انقطعت ولاية الامام عن دار الحرب ومن فيها وليس لغير الامام اقامة
الحدود عاد على الوجوب بالفائدة حيث لم يترتب مقصوده عليه والشيء ينتفي بانتفاء مقصوده ه
قال واذا دخل حربي لنا بغير مستأمن فاخذه مسلم فهو فيء للمسلمين وخمساه به ولو
اسلم فاخذه فهو فيء لهم وقالا هو حق ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا دخل حربي دارنا
بغير امان فاخذه مسلم هو فيء لجماعة المسلمين وقالا هو لمن اخذه وفي وجوب الخمس عنهما روايتان
ولو كان هذا الحربي ثم اسلم بعد الدخول الينا قبل ان يستولي عليه احد ثم اخذه مسلم فهو فيء
لجماعة المسلمين عنده وقالا هو حق لهما ان يد الاخذ سبقت اليه وهو مباح فكان ملكه
كما لو باض الطير او سكن الظبي والمباح في ارض رجل فاخذه غيره كان ملكا للاخذ ولهذا ههنا لو كان
للاخذ لا لاصحاب الارض وهم المسلمون وكما لو مر سيل بارض فيها حطبة انقطع والماء في الحصرة
ومنها سمك قد اتى به السيل فاخذها انسان كانت له لا لرب الحطبة واما اذا اسلم
قبل الاخذ فقد عتق باسلامه كما لو تقدم اسلامه دخول الدار والمسلم لا يملك ابتداء
وله ان دار الاسلام في يد المسلمين من كل وجه فاذا دخلها الحربي وقع في ايديهم
حال دخوله فصار ملكا لهم لان الحاصل مما هو في ايديهم من كل وجه حاصل في ايديهم حكما

من كل وجه لمن اخذه بعد ذلك فقد اخذ ما هو مملوك لهم فلا يكون له بخلاف ما استشهدا
به لان البقعة ثم ليست في يد صاحبها من كل وجه لانه جزء من اجزاء دار الاسلام ودار الاسلام
مجموعا في يد جماعة المسلمين فكان هذا الجزء في يدهم باعتبار يد العموم وفي يد صاحبه باعتبار
يد الخصوص فلم يكن ما وقع فيها واقعا في يد صاحبها حكما مطلقا بل هو واقع باعتبار يد
الخصوص واقع في ايدي الكل باعتبار يد العموم فاذا اخذه غير صاحب البقعة فقد اثبت يده
عليه حقيقة من كل وجه فترجحت يده على يد رب البقعة الثابتة حكما من وجه دون
وجه فكان الاخذ اولى حتى لو وجد رب البقعة ما يؤيد يده قبل اخذ غيره من سد كوة البئر
او اغلاق باب الدار واعداد البقعة كذلك ترجحت يده واما اذا اسلم بعد الدخول فقد
اسلم بعد ما صار ملكا لهم فلا يعتق بمنزلة العبد الكافر المملوك للمسلم اذا اسلم قال
واذا استامن الحربي لم يمكن من الاقامة سنة فان اقامها وضعت عليه الجزية ولا يمكن من العود
اذا دخل الحربي دارنا مستأمنا لم يمكن ان يقيم عندنا سنة ويقول له الامام ان اقمت سنة
تامة وضعت عليك الجزية والاصل في هذا ان الحربي لا يمكن من ادامة الاقامة في دارنا الا
باسترقاق او جزية لانه اذا دامت اقامته صار عينا لاهل الحرب وعونا على دار الاسلام وفيه
من الضرر ما فيه واما الاقامة اليسيرة فيمكن منها لان في منعها قطع الميرة عن دار الاسلام
من الجلب والميرة والتجارة ولا يلحق الضرر المتعلق بطول الاقامة بيسيرها ولما احتجنا الى مدة فاصلة
بين الكثيرة والقليلة والسنة مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية فان رجع
الى دارهم قبل تمام السنة فلا سبيل عليه وان اقام تمامها كان ذميا لانه صار ملتزما للجزية
حيث تقدم الامام اليه وعرفه ذلك وللامام ان يوقت ما دون السنة لذلك كالشهر والشهرين
بحسب ما يرى واذا اقام تلك المدة صار ذميا ثم لا يمكن من العود الى دار الحرب لان
عقد الذمة لا ينقض قال فان عاد وله دين او وديعة عند مسلم او ذمي ابيح دمه واذا
ظهر عليهم فاسر او قتل سقط الدين وصارت الوديعة فيئا ه الحربي اذا دخل دارنا بامان
ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او ترك دينا في ذمة مسلم او ذمي
لم صار دمه بعوده مباحا لكونه قد ابطل امانه بالعود فعاد الى الاباحة وما في دار الاسلام
من امواله على خطر فان اسر وظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا
اما الوديعة فلان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه
بواسطة المطالبة ولا مطالبة ويد من الدين في ذمته اسبق اليه من غيره فاختص فسقط
عنه وان قتل في دار الحرب ولم يظهر عليها او مات فالقرض والوديعة لورثته لان نفسه

لما لم يظهر على الدار لم يصر مغنومة فكذلك ماله وحكم الامان باق على ماله فيرد عليه او على ورثته بعده قال ولا نخمس ما اوجف عليه المسلمون بغير قتال ويصرف مصرف الخراج ما اوجف عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال صرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وهذا كالاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزيه ولا خمس في ذلك لانه صلى الله عليه وسلم اخذ الجزيه وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضعها في بيت المال ولم يخمس ولانه مال اخذه بقوة المسلمين من غير قتال فلم يكن غنيمة فلا يخمس بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس لمعنى قوة المسلمين واستحقه الغانمون لمعنى مباشرة القتال وههنا السبب واحد وهو قوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس قال ولو التجا حربي غير مستامن او من عليه قصاص الى حرم لا يقتله فيه بل يحبس عنه الغذاء ليخرج فيقتل اذا التجا الى الحرم من عليه القصاص او التجا اليه حربي دخل دارنا بغير امان لا يقتل فيه بل يمنع عنه الطعام والشراب حتى يخرج فيقتل وقال الشافعي رحمه الله يقتل فيه لقوله عليه السلام لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدم ولان حق قتله ثابت في الحال قبل دخول الحرم فتاخيره كابطاله الا ترى ان شهود التاخير اذا رجعوا يضمنون والحرم لا يبطل هذا الحق بل يوخره ولنا قوله تعالى ومن دخله كان امنا اي ومن دخل الحرم خايفا كان امنا لما كان يخافه عند دخوله بالقتل وهذا كان يخاف عند دخوله القتل فوجب ان يكون امنا منه فيه وما رواه قاله يوم فتح مكة ساعة اححت له فاذا عادت حراما الى يوم القيمة انتهى حكم الحل المقيد

فصل في العشر والخراج

قال يوخذ العشر من ارض العرب ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والخراج من السواد ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن العلث والثعلبية الى عبادان ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة وهذا احد الطول واما العرض فما بين يبرين ورمل عالج الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن العلث الى عبادان قال صاحب الهداية ومن الثعلبية ويقال من العلث فذكر الثعلبية زايد وانما كانت ارض العرب عشرية لانه صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين لم ياخذوا منها خراجا ولان الخراج بمنزلة الفيء فلا يثبت في ارض العرب كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان من شرط وضع الخراج على الارض ان يقر اهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والمشركون من العرب لا يقرون على الكفر بل لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف ولا عمر رضي الله عنه وضع الخراج على السواد حين فتحها من الصحابة وكذا على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا

اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال ويجوز لاهلها بيع ارضها ارض السواد مملوكة لاهلها يجوز لهم بيعها والتصرف فيها والضمير في ارضها للسواد لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا واقر اهلها عليها ووضع الخراج عليهم وعلى ارضيهم كانت تزاره اباهم عليها انما الملك على تلك الاراضي فيجوز لهم التصرف فيها لوجود الملك المطلق وهو الملك قال واذا فتحت ارض عنوة فقسمت او اسلم اهلها كانت عشريه او اقر اهلها عليها او صولحوا فخراجيه الا مكه فقد فتحها عليه السلام عنوة وتركها من غير خراج كل ارض فتحها الامام عنوة وقسمها بين الغانمين او اسلم اهلها فهي ارض عشر لانه لا يوظف على المسلم ابتداء الا ما يليق بحاله العشر وهو الا يليق لما فيه من معنى العبادة ولان العشر اخف لانه يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فلم يقسم بل اقر اهلها عليها او صولحوا عليها فهي ارض خراج لان التوظيف على الكافر ابتدا بالخراج الذي فيه تراستثنى مكة من هذا فان النبي صلى الله عليه وسلم افتتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج واستثنا من الزوايد قال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبره بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية البصرة عنده عشرية باجماع الصحابة والخراج خراجيا الا البصرة لاتفاق الصحابة واعتبره ما يحيى به فان كان بئرا وعين مستخرجة او بالانهار العظام كان عشريا او بقنى يحفر كنهر الملك وبرجرد فخراجيا اذا احيى ارضا مواتا معتبر عند ابي يوسف بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج اي بجواره وقربه كانت خراجيه وان كانت من حيز ارض العشر كانت عشريه وكان القياس على رايه ان يكون البصره خراجيه لانها تقرب ارض الخراج الا انها عشريه عنده باجماع الصحابة فترك القياس لاجماعهم وهذا لان حيز الشي يعطى له حكمه كما يعطى لفناء الدار حكم الدار حتى يسقع بفناء الدار صاحبها ولا يجوز اخذ ما قرب من العامر حيث يجعل له حكم العامر للجوار والقرب وعند محمد رحمه الله المعتبر ما احياها به فان احياها ببير احتفرها او عين استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشريه وكذا اذا احياها بماء السماء وان احياها بالانهار التي احتفرتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجيه لما ذكرنا من اعتبارنا الماء فان سبب النماء والحياة هو الماء وكان اعتباره سبب الحياة اولى ولان توظيف الخراج على المسلم ابتداء لا يجوز فكرها معتبر الماء فاذا سقى الارض بماء الخراج دل على التزامه للخراج فيوظف عليه لالتزامه ذلك قال ويوخذ ما وضعه عمر رضي الله عنه من كل جريب سلفه الماء صاع ودرهم ومن الرطب خمسه ومن جريب الكرم او النخل المتصل عشره ويوضع على ما سوى ذلك بحسب الطاقه وينقص عليه لنقصان الربع مع الزياده الزياده وا هذا في الخراج الذي وضعه عمر رضي الله

عنه على اهل السواد من كل جريب بلغه الما قفيزا هاشميا وهو الصاع ودرهما والجريب ستون ذراعا
في ستين ذراعا في ذلك الوقت وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل
والنخل المتصل عشرة دراهم هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمن بن حنيف بمسح سواد
العراق وبعث عليه حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا
وذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا وروى ان موسى بن طلحة قال كانت ذراع عمر
وهو ذراع وقبضة وابهام قايم على القبضة وقال الحكم بن عتيبة ان عمر عمد الى اطولها ذراعا
واوسطها واقصرها فجمعها واخذ الثلث منها وزاد عليه قبضة وابهاما قائمة ثم ختم طرفيه بالرصاص
وبعث به الى عثمان وحذيفة فمسحا به السواد ولان المؤن متفاوتة والكرم اخفها مؤنة والمزارع
اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها
وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها وما سوى ذلك مثل الزعفران والبستان وغيره
يوضع عليه بحسب الطاقة لان عمر رضي الله عنه لم يوظف في ذلك وظيفة وقد اعتبر الطاقة
حيث فاوت بين ما وضعه بحسب قدرة الموضوع عليه وتفاوت احواله فيعتبر فيما لا توظيف
فيه قالوا وغاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف انصاف حيث كان
لنا ان نقسم الكل بين الغانمين فان لم تطق الاراضي ما وظف عليها نقصهم الامام فالنقصان عند قلة
الريع جايز بالاتفاق الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا لا بل حملنا
ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وانه دليل جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع فجايز عند
محمد اعتبارا للزيادة بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد لما اخبر بزيادة
الطاقة قال وان غلب على الما او انقطع او اصطلم الزرع آفة فلا خراج ه اذا غلب على ارض
الخراج الما او انقطع الما عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليها لفوات التمكن من الزراعة
الذي به نماؤها التقديري وهو المعتبر في باب الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النما التقديري
في بعض العام وشرط وجوب الخراج حصول النما التقديري في جميع الحول اعتبارا بمال الزكاة
قال ويجب مع التعطيل والاسلام ه اما اذا عطلها صاحبها فانه هو الذي فوت
الامكان الثابت له على نفسه فلا يجعل ذلك عذرا واما من اسلم من اهل الخراج فان الخراج
يوخذ منه على حاله ولا يسقط باسلامه لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤونة في حالة البقا فامكن
ابقاؤه على المسلم وان لم يوظف عليه ابتدا قال ويجوز شرا المسلم ارض خراج من ذمي
ويوخذ منه ه يجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويوخذ منه الخراج لما بينا
وقد صح ان الصحابة اشتروا الاراضي الخراجية وادوا الخراج فدل على جواز الشرا وجواز الادا

فصل في الجزية

قال اذا وضعت الجزية بتراض قدرت بما يتفق عليه والا فيضع على الغني ثمانية واربعين
درهما يوخذ منه كل شهر اربعة وعلى الوسط اربعة وعشرين في كل شهر درهمان وعلى الفقير المعتمل اثني عشر
درهما في كل شهر درهم لا دينارا مطلقا الجزية على ضربين جزية موضوعة بالتراضي والصلح فتقدر بحسب
ما يقع عليه التراضي ويتفقون عليه كما صالح صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف ومايتي حلة ولان
موجب وضعها هو التراضي والصلح فلا يجوز ان يتعدى ما يقع عليه الاتفاق والرضا الثاني الجزية
التي توضع ابتدا اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم يضع على الغني الظاهر الغنى في كل
سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ في كل شهر اربعة دراهم وعلى المتوسط الحال اربعة وعشرين
درهما ياخذ منه كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل في كل سنة اثني عشر درهما ياخذ منه كل
شهر درهما وهذا مذهبنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدله الدينار من
الفقير والغني في ذلك سوا لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله
معافر وهي من الثياب المعافرية المنسوبة الى معافر قبيلة من اليمن اطلق عليه السلم ولم يفصل بين الغني والفقير
ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل الا ترى انها لا توخذ ممن لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري
والنسوان وهذا المعنى عام ينتظم الغني والفقير ولنا ما ذهبنا اليه مروي عن عمر وعثمان وعلي رضي
الله عنهم ولم يعارضوا بنكير من احد ولان الجزية انما وجبت للمقاتلة فيجب ان يجب على التفاوت كخراج
الارض وبيان ذلك ان الجزية وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال لان القيام بنصرة الدار واجب
على اهلها واهل الذمة من اهل دارنا فبقبول الجزية يجب عليهم نصرتها الا انهم بخبثهم وميلهم الى اعدا
دارنا اعتقادا منع من صلاحية ابدانهم للنصرة فاوجب عليهم ما يقوم مقام نصرتهم وهو
الجزية ثم ما هو الاصل يتفاوت بتفاوت الغنى وقلة المال وكثرته فلذلك يجب ان يتفاوت
ما جعل بدلا عنه وما رواه محمول على المصالحة الا ترى انه امر بالاخذ من الحالمة وان كانت
المراة لا يوخذ منها جزية لانها ليست من اهل النصرة والمقاتلة قال وتوجبها باول العام ه اي
اذا وجبت الجزية على الذمي فلا يجب الا بعد حولان الحول عليه عند الشافعي لانه حق مالي اعتبر
فيه الحول ولا يتكرر فيه فاشترط حولانه اعتبارا بالزكاة وعندنا تجب في الحال ولا يشترط
حولان الحول لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون من غير اشتراط الحول واعتبار
صدقة الفطر بانها حق مالي اعتبر فيه الحلول ولا يتكرر فيه ذلك فلا يشترط فيه حولان الحول
كذا هذا ولا يختص بها اهل الكتاب فيوضع عليهم وعلى المجوس والوثني من العجم لا من العرب ولا
على المرتدين فليس الا الاسلام او السيف يوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله
تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد ووضع النبي صلى الله عليه وسلم الجزية

على المجوس وقال سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم
والجزية منهم مقبولة اجماعا والخلاف مع الشافعي في الوثني من العجم والمجوس عنده من اهل
الكتاب قال صاحب الوجيز وانما تؤخذ الجزية لليهود والنصارى والمجوس لانهم اهل الكتاب
والوثني وعبدة الشمس ومن لا ينتمي الى كتاب لا يقرون وان كان عجميا فقوله في الكتاب ولا تختص
بها اهل الكتاب يدخل فيه المجوس على مذهبه ثم شرع في بيان مذهبنا فقال توضع عليهم وعلى المجوس
عطفا المجوس على اهل الكتاب لان الوضع عليهم عندنا ثابت بالخبر بقوله عليه السلام سنوا بهم
سنة اهل الكتاب للمعطفة عليهم هو تقرير ما لهم وليجب بقوله تعالى وقاتلوهم لكنا عرفنا جواز
ترك القتال في اهل الكتاب بالنص فبقي من وراهم على الاصل ونحن نقول يجوز استرقاقهم
فيجوز وضع الجزية عليهم لاشتمال كل من الامرين على سلب النفس منه حيث يكتسب ويؤدي
الى المسلمين ونفقته في كسبه والوثني من العجم وبالجملة غير المجوس وغير مشركي العرب والمرتدين وانما
قلنا لا تقبل الجزية من مشركي العرب لان القرآن نزل بين اظهرهم والنبي بعث منهم فكانت المعجزة
لديهم اظهر فيكون كفرهم باعتبار ظهور المعجزة عندهم اشد والخبث فلا يقبل منهم الا الاسلام
او السيف وكذلك المرتد لانه كفر بالله بعد الهدى وعدل عن دين الحق بعد الاطلاع على محاسنه فكان
كفره اشنع واشنع فكان كمشركي العرب فان العقوبة على قدر الجناية وقوله فلا يقبل الا الاسلام او السيف
من الزوائد واذا ظهرنا على هؤلاء فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان
بني حنيفة وصبيانهم حيث ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما مر واذا ظهرنا
على مشركي العرب فنساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم قال ولا جزية على امراة
ولا صبي ولا زمن ولا اعمى ولا شيخ كبير ولا عبد ومكاتب ومدبر وام ولد ولا يحملها على ابيهم ولا
راهب الا ان يقدر على العمل في رواية اما المراة والصبي فلانهما ليسا من اهل القتل ولا من اهل المقاتلة
والجزية وجبت بدلا عن القتل عند الشافعي وعن القتال عندنا وكذا يسقط اهليتهما جميعا فانتفى
البدل ايضا وكذلك الزمن والاعمى والشيخ الكبير لهذه العلة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان
له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان من اهل الراي واما العبد والمكاتب والمدبر وام الولد
فلانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الثاني لا يجب فلا يجب
بالشك ولا يحملها على ابيهم لانهم قد تحملوا الزيادة بسببهم واما الراهب الذي لا يخالط الناس
فلا يوضع عليه وعن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف ان كان قادرا على العمل يوضع عليه لان
القدرة على العمل سبب اضاف اليه جواز الوضع عليه وهو الذي ضيعها فيتعطل بنفسه عنها فلا
يعذر ووجه الوضع عنه انه لا قتل عليه فلا يوضع عليه بدله الذي وضع لاسقاطها القتل وليس
من اهل الحرب لانقطاعه وتفرده ووضعه ومن الشيخ الكبير الى ههنا من الزوائد قال

ويسقطها بالاسلام والموت ش وقال الشافعي لا يسقط به اما الموت فلانها وجبت بدلا عن
عن عصمة دمه او عن سكناه في دارنا وقد استوفى المعوض فلا يسقط العوض لعارض الاسلام والموت
كما في الصلح عن دم العمد فانه بدل عن العصمة وكما في الاجرة فانها بدل عن السكنى وقال اصحابنا
رحمهم الله يسقط الجزية لقوله عليه السلام لا جزية على مسلم واما الموت فلانه يجازى بعد الموت على
كفره بعذاب القبر وعذاب الآخرة فسقط عنه العقوبة الدنيوية لانهما لا تجتمعان ربما ان الجزية
عقوبة دنيوية ولذلك سميت جزية ولان شرعية العقوبة الدنيوية لدفع الشر وقد اندفع شره بموته
وبالاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وهو قادر عليها بعد اسلامه وجوابه
ان العصمة ثبتت بالادمية ولكن تقاعد المقتضي عن العمل زمان الكفر وبعد الاسلام ظهرت والذي
سكن في دارنا ملك بنفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى قال وكذا
بمضي اعوام ش قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا مرت اعوام لم يؤد فيها الجزية لا يطالب بها
عن تلك الاعوام وقالا يطالب بها لان الجزية حق واجب في الذمة فلا يسقط بالتاخير كسائر الحقوق
الثابتة في الذمة وله انها وجبت عقوبة لاقترانها بالذل والصغار لقوله تعالى حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون واذا اجتمعت العقوبات تداخلت كالحدود ولانها وجبت عوضا
عن النصرة الواجبة على اهل الدار الا ان اهل الذمة متهمون لكفرهم ليميلوا من النصرة بانفسهم
ضربت عليهم الجزية خلفا عنها لتقوم النصرة بالمال في حق العاجز عنها بنفسه حكما اقيم مقام
حقيقة النصرة بنفسه كالاحجاج بالمال في حق العاجز عن الحج بنفسه ولما وجبت النصرة للحال
طولبوا بالخلف للحال واما النصرة في الاعوام الماضية فيستحيل الالتزام في الحال فلا يلزم الخلف
عنها في الحال ايضا لاختصاص لزوم الخلف بزمان لزوم الاصل والعجز عنه قال ويؤديها
بنفسه قائما والقابض قاعد ويؤخذ بتلبيبه ويهز ويقال له اد الجزية يا ذمي تحقيقا للصغار الذي
جعل في النص موصوفا به حال الاداء وهذه الجملة من الزوائد قال ويؤخذ مما يميز به فيشد
وسطه بخيط غليظ من الصوف ولا يلبس ما يختص به اهل العلم والزهد والشرف ولا يركب الخيل
وقيل يمنع عنه مطلقا في الاصح الا اذا ورد على سرج كهيئة الاكف ويترك في مجامع المسلمين ولا
يسلم عليه ولا يبدا بسلام ويضيق عليه الطريق ويميز نساؤهم عن نسائنا في الطريق والحمام ش انما
تؤخذ اهل الذمة بذلك لانهم من اهل الاهانة والمسلم من اهل الاعزاز والكرامة فلا يبدا بالسلام
ويضيق عليه الطريق فيجب ان يظهر التفاوت بينهما في الزي والمركب والسلاح ولا بد من
العلامة التي بها يظهر تميزه اذ لولا ذلك ربما عومل معاملة المسلمين وانه غير جائز ولا يجوز
ان يكون العلامة شريفة ايضا فيجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف دون الزنار من الابريسم

تحقيقا للصغار وكذلك يجب تمييز نسائهم عن نساء المسلمين في مواضع الاشتباه كالحمام وفي
الطريق وكذلك تجعل على دورهم علامات تعرف بها لئلا تقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا
والأحق أن يمنعوا عن الركوب أصلا إلا لضرورة فيجوز أن يركبوا حينئذ فإذا دعت الضرورة اتخذوا
لهيئة الأكف وإذا رأوا المسلمين يجتمعون في نادٍ نزلوا وكذلك يمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والشرف
والزهد تعظيما لأهل ذلك الزي وتخسيسا لهم أن تشاركهم منهم من يجب إهانته وهذه الجملة أيضا
من الزوائد قال ولا ينقض العهد إلا أن يلحقوا بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربونا
لا بالامتناع عن أداء الجزية الأولى زيادة أو قتل مسلم أو الزنا بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه
وسلم أما الأول فلأنهم بالالتحاق بالدار أو بالغلبة على موضع للحراب صاروا حربا علينا
فعرى كان أسلما يقول عقد الذمة فلو بقي العهد لعري عن الفائدة وهو دفع شر الحراب وأما الثاني
فلأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها في قوله عليه السلم إذا قبلوا عقد
الذمة فأعلموهم أن لهم ما لنا وعليهم ما علينا والالتزام باق فلم يكن تعاونه بذلك لا سيما موجبا
لانتقاض العهد لأنها ليست عليه تنتهي بها القتال وعن الشافعي أن سبه صلى الله عليه
وسلم موجب لانتقاض عهده لأنه ينقض إيمانه لو كان مؤمنا فكذلك ينقض أمانه ولنا
أن السب كفر منه والكفر المقارن لم يكن مانعا فالطاري لا يكون رافعا والامتناع عن أداء الجزية
غير موجب لانتقاض العهد كذا في أكثر الكتب لما قلنا وزاد ههنا قوله الأولى زيادة وهذه الزيادة
في واقعات الحسام في كتاب الزكوة قال أهل الذمة إذا امتنعوا عن أداء الجزية يقاتلون لا ينقض الأمان
يقاتلون إذا امتنعوا في المنقول فكذلك في لاسها والقول أن هذا الكتاب مما يؤذن بأن الغاية التي
ينتهي بها القتال عن الأداء لا الالتزام بالتعالى حتى يعطوا الجزية عن يد والإعطاء هو الأداء بعينه
فإذا امتنع عن الأداء كان ما هو غاية القتال منتفيا فيحقق القتال قال ولا يجوز إحداث بيعة
ولا كنيسة في دارنا ولا الوصية بها في الصحيح وإذا انهدمت القديمة أعيدت ه أما الأول فلقوله
صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة والمراد إحداثها وإذا انهدمت أعيدت لأن
الإمام لما أقرهم عليها فقد عهد لهم بالإعادة عند الانهدام إلا أنهم لا يمكنون من نقلها لأن
ذلك إحداث حقيقة والصومعة كالبيعة وهذا المذكور إنما هو في الأمصار دون القرى لأن الأمصار
محل إقامة الشعائر فلا تعارض بإظهار ما يخالفها قال صاحب الهداية قيل في ديارنا يمنعون عن
إظهار ذلك في القرى أيضا لأن فيها بعض الشعائر قال والمروي عن صاحب المذهب في قرى
الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون عن ذلك في أمصارهم وقراهم
لقوله عليه السلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وأما الوصية فقد صحح في الكتاب عدم الجواز

وصورة المسئلة إذا أوصى أن يبني داره بيعة أو كنيسة في السواد لا في المصر ولم يكن الوصية
لقوم مسمين فالوصية جائزة عند أبي حنيفة من الثلث لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وقالا لا يجوز ذلك
لأنه أيضا مما هو معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم أنه قربة والوصية بالمعصية باطلة وفي تنفيذها
تقرير المعصية فلا يجوز قال ويؤخذ من نصارى بني تغلب ونسائهم لا صبيانهم ضعف الزكاة ه
لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة ويؤخذ من نسائهم دون صبيانهم لأن الصلح
على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان وكذا المضاعفة قال
ويصرف ما جبي من الخراج والجزية وأموال بني تغلب وما أهدي إلى الإمام من أهل الحرب في مصالح
المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وعطاء القضاة والعمال والعلماء وأرزاق المقاتلة وذراريهم
ما يكفيهم ه لأنه مال بيت المال وصل إلى المسلمين بغير قتال وما لبيت المال مصروف إلى مصالح المسلمين
وهم لا يعملون لهم يرزقون منه بقدر كفايتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا بقدر
كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلم يتفرغوا للقتال وعطف الجسور على بناء القناطر
وليست الجسور مبنية من حسن العطف في قوله متقلدا سيفا ورمحا ه

فصل في أحكام المرتدين

قال يعرض الإسلام على المرتد وإن كانت له شبهة كشفت ويحبس ثلاثة أيام إن
استمهل وقيل يستحب مطلقا فإن أسلم وإلا قتل ويكره قتله قبل العرض ولا شيء على قاتله ه
إذا ارتد المسلم نعوذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة استند إليها وجب كشفها
عنه لنزاع علته ومنه دفع الشر بأحسن الوجوه وأقرب الطرق وقوله عرض عليه ليس بواجب
على ما قالوا لأنه قد بلغته الدعوة ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل وفي الجامع الصغير
المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل ووجه الجمع أن يستمهل يمهل ثلاثة أيام لأن الثلاثة
مدة ضربت لإبلاء الأعذار كما في شرط الخيار وقيل يستحب تأجيله ثلاثة أيام مطلقا استمهل
أو لم يستمهل وروي ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف ووجه الاستحباب أن الارتداد
ظاهرا لا بد أن يكون عن شبهة فالتأجيل ثلاثة أيام للتأمل وكشف تلك الشبهة يحصل
للعرض مع رجاء العود فأما بقاء الحيوة فكان أولى وإنما يقتل إذا أبى لقوله صلى الله عليه وسلم
من بدل دينه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل وقضية الدليل أن يقتل في
الحال من غير استمهال لأن التأخير لا يجوز لأمر موهوم إلا أنا استحسنا التأخير ثلاثة أيام
ليكون له زمان يتمكن فيه من التأمل وكشف الشبهة ولو قتل قبل العرض عليه كره بمعنى
ترك المستحب ولا شيء على قاتله لوجود المبيح وهو الكفر والعرض غير واجب لبلوغ الدعوة وكيفيه

التوبة ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اذ لا دين له ولو تبرأ عن الدين الذي انتقل اليه
كفاه لحصول المقصود قال ويزول ملكه عن امواله والا زوالا مراعى فان اسلم عادت ولو مات او قتل
لم يحكم فيها مطلقا فما اكتسبه في حال الاسلام موروث وفي حال الردة فيء وقالا الامر موروث مطلقا
ملك المرتد يزول عن املاكه زوالا مراعى فان اسلم عادت الى ملكه قالوا وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما لا يزول ملكه لانه الآن مكلف بالايمان وبالحرمات وهو محتاج
الى الملك فيبقى ملكه في ماله الى ان يقتل كما يبقى في المحكوم عليه بالرجم والقصاص ولابي
حنيفة انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالمحاربة وهذا يوجب زوال ملكه
ومالكيته مطلقا غير انه مدعو الى الاسلام مجبور على ذلك مرجو عوده اليه فوجب
التوقف في امره فان اسلم كان العارض كان لم يكن في حق زوال ملكه وصار كانه لم يزل
مسلما وان قتل على الردة او مات عليها او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر امره فعمل
السبب السابق عمله في زوال ملكه ثم اذا مات او قتل على الردة قال الشافعي رحمه
الله امواله فيء مطلقا اي التي اكتسبها حال الردة والتي اكتسبها حال الاسلام لانه مات
كافرا والمسلم لا يرث الكافر وهو مال الحربي لا امان له فكان فيئا وقال ابو حنيفة رضي الله عنه
ما اكتسبه في حال الاسلام موروث عنه وما اكتسبه في الردة فيء وقال ابو يوسف ومحمد
هو موروث مطلقا اي ما اكتسبه في الحالين جميعا وهذا الاختلاف مبني على ان تصرفات
المرتد حال الردة نافذة عندهما فكان ملكه الحاصل بتلك التصرفات النافذة ملكا صحيحا
فينتقل الى وارثه وعنده تصرفاته موقوفة بتردد حاله كما بينا فلا يكون ملكه الحاصل
بتلك التصرفات ملكا صحيحا كاكتساب حربي فهو فيء في ايدينا ولانا اعتبرنا المرتد ميتا
من حين ردته وصرفنا ما كان له قبل الارتداد الى الوارث ليكون توريث مسلم من مسلم ولم يمكن
ذلك في اكتساب الردة لان اعتبارنا كونه ميتا من حين الردة ينافي اعتبار كونه كاسبا بعده
واعتبار كونه حيا كاسبا بعد الردة ينافي اعتبار كونه ميتا منذ الردة فيكون توريث مسلم
من كافر لو ورثناه فلم يجز قال واذا حكم بلحاقه مرتدا الحاكم لكونه فيعتق مدبره
وام ولده ويحل دينه ويرث اهل المسلمين ما اكتسبه في الاسلام ويعتبر كونه وارثا
وقت القضاء لا وقت اللحاق ش اذا لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق
مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام
الى ورثته من المسلمين لانه باللحاق صار من اهل الحرب واهل الحرب اموات في حق احكام الاسلام
بسبب انقطاع ولاية الالزام من الامام كما انقطعا عن الموتى فصار اللحاق كالموت الا ان استقرار

لحاقه انما يكون بقضاء القاضي به لاحتمال العود الى دار الاسلام وليس القضاء نفسه ما يقطع
الاحتمال لكن لان الظاهر ان القاضي لم يقض الا لغلبة ظنه بقائه في دار الحرب بنوع دليل يقطع
الاحتمال يستند القضاء اليه واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة به كما في الموت حقيقة ثم اعتبار
كونه وارثا عند اللحاق عند محمد لانه هو السبب والقضاء لقطع الاحتمال وعند ابي يوسف وقت القضاء
لانه يصير ميتا به وهذه من الزوائد قال ودينه اللازم في الاسلام يقضى من كسب الاسلام
ومن الردة روايتان وقالا يقضى منهما ش قال ابو حنيفة رضي الله عنه تقضى الديون اللازمة
في حال الاسلام مما كان قد اكتسبه في حال الاسلام وتقضى الديون اللازمة له حال الردة
مما اكتسبه في حال الردة وهذه رواية عنه وعنه ايضا انه يبدأ بكسب الاسلام فاذا
لم يف بالديون ثم قضاها من كسب الردة وعنه ايضا انه يبدأ بالقضاء من كسب الردة فان لم
يف قضيت من كسب الاسلام فاذا لم يف بالديون ثم قضاها من كسب الردة وعنه ايضا انه
بدأ بالقضاء من كسب الردة فان لم يف قضيت من كسب الاسلام والروايتان جميعا من الزوائد
وقال ابو يوسف ومحمد تقضى الديون منهما جميعا لانهما جميعا ملكه فيقضى دينه منهما ووجه
الرواية الاولى ووجه الرواية الثانية ان كسب الاسلام ملكه الا ترى ان الوارث
يخلفه فيه ومن شرط الارث فراغ المال عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس
بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى منه الا اذا تعذر قضاؤه من كسب الاسلام
فيقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله للمسلمين الا ان يكون مديونا فيقضى دينه ووجه
الرواية الثالثة ان كسب الردة خالص حقه وكسب الاسلام حق الورثة فيقضى دينه
من خالص حقه الا اذا تعذر بان لم يف بجميعها فيقضى حينئذ من كسب الاسلام تقديما لحقه
قال وبيعه وشراؤه وعتقه وهبته ورهنه وتصرفه في ماله موقوف فان اسلم صحت عقوده
وان مات او قتل او لحق بطلت واجازاها مطلقا ش تصرفات اقسام منها ما هو نافذ
اجماعا كالاستيلاد والطلاق لان الاستيلاد لا يتوقف على حقيقة الملك الا ترى ان للاب
استيلاد جارية ابنه مع عدم ملكه لها والطلاق لا يتوقف على تمام الولاية فان للعبد ان يطلق
امرأته مع عدم تمام الولاية ومنها ما هو باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانهما يعتمدان تمام
الملة والمرتد ومنها ما هو موقوف بالاتفاق كشركة المفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا
مساواة بين المسلم والمرتد ومنها ما وقع الخلاف في توقفه ونفوذه وهو المذكور في المتن
فعند ابي حنيفة هذه التصرفات موقوفة فان اسلم صحت وان مات او قتل على الردة او لحق
بدار الحرب بطلت وقالا هي نافذة مطلقا عاد الى الاسلام او لم يعد لهما ان صحة التصرف

تعتمد قيام الاهليه والنفاذ تعتمد الملك واهليته ظاهره لكونه مكلفا والملك ايضا قايم
لقيام سببه قبل موته على ما مر ولهذا فانه لو ولد له بعد ردته لسته اشهر من امراه له مسلمه
يرثه ذلك الولد ولو مات ولده بعد الرده قبل الموت لا يرثه وصحه التصرف بنا عليهما الا ان عند
ابي يوسف صح تصرفاته كما صح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام لازاحه الشبهه وصار كالمرتد
وعند محمد كصحه تصرف المريض لان الرده تفضي الى القتل غالبا لعدم تركه ما اشتغل به ظاهرا بخلاف
المرتده ولابي حنيفه انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما مر في توقف الملك ويوقف التصرف
بنا على توقف الملك فصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيقهر فان تصرفاته تتوقف حاله فكذا المرتد
واستحقاق القتل ههنا بطلان بسبب العصمه في هذين الفصلين اعني في المرتد والحربي الداخل بغير
امان فاوجب ذلك خللا في الاهليه وهذا بخلاف الزاني والقاتل عمدا لان استحقاق القتل ثمه جزا
لجنايه تعتمد قيام الاهليه فافترقا وبخلاف المرتده فانها ليست حربيه ولهذا لا تقتل
قال وان عاد مسلما بعد الحكم اخذ ما وجده من ماله في يد وارثه ه اذا عاد المرتد الى
دار الاسلام مسلما بعد ان حكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب مرتدا فما وجده في يد وارثه شي
من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما خلفه فيه لاستغنائه عنه واذا عاد مسلما احتاج
اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا اخرج من ملك الوارث وبخلاف امهات الاولاد والمدبرين
لان القضا مستند فيه الى دليل مصحح لقضا وقع صحيحا فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل الحكم فكانه لم يزل
مسلما قال ولا تقتل المرتده فتحبس وتضرب في ايام لتسلم وصح تصرفها في مالها ه المرتده
لا تقتل عندنا ولكنها تحبس وتجبر على الاسلام بالضرب في كل ايام وهذا من الزوايد مبالغه في
الالجا الى الاسلام وقال الشافعي رحمه الله تقتل لعموم قوله عليه السلام من بدل دينه
فاقتلوه ولان الرده جنايه متغلظه فنيط بها عقوبه متغلظه وهي القتل في حق الرجل والمراه
تشاركه في الجنايه فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا
ولان الاصل في اجزيه الجنايات ان تتاخر الى دار الجزاء وانما عجل منها ما عجل دفعا لشر حاضر يفوت
بالتاخير والشر الواجب دفعه ههنا شر الحراب والرجل هو الذي يتوقع منه ذلك والمراه
ليست صالحه له وصارت المرتده كالكافره الاصليه وتصرفاتها في مالها نافذه
لانها لا تقتل فكان ملكها باقيا عليها وصحه التصرف بنا عليه قال ويحكم بصحه
اسلام الصبي العاقل وردته فيجبر على الاسلام ولا يقتل ويحكم بالاسلام دونها ه
اسلام الصبي الذي يعقل صحيح وكذلك ردته عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله اسلامه صحيح دون ردته وقال الشافعي وهو قول زفر رحمهما الله لا يصح منه واحد

منهما لهما انه في الاسلام تبع لابويه فانه دليل عجزه واماره كونه مولى عليه فلا يجعل اصلا
لاستعاره بالقدره والولايه وفيه منافاه ظاهره ولانه يلزمه بالاسلام احكام يشوبها مضره كحرمان
الميراث وما غير ميراث اقاربه الكفار وبينونه امراته الكافره عنه فيفسق الاسلام عنده فلا يوهل لذلك
ولنا ان الخلفا على رضي الله عنه باسلامه في صباه وتصحيحه صلى الله عليه وسلم لاسلامه مشهور
وكفى به دليلا على صحه صدوره منه ولانه اتى بحقيقه الاسلام فامتنع رده اذ الحقيقه بعد وجودها
مستحيل ردها وهذا لان الاسلام هو التصديق والاقرار عن طوع دليل الاعتقاد وما يترتب على
صحه الاسلام من الخيرات الابديه والسعادات الدايمه التي هي من اجل المنافع التي يبتني عليها
غيرها من المنافع حاصله فلا يبالي من مضره يسيره عاجله يمكن استدراكه وله في الرده انها مضره
محضه فلا يحكم بصحتها منه بخلاف الاسلام عند ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع ولابي حنيفه
ومحمد انها موجوده حقيقه فلا يمكن ردها كما في الاسلام الا انه يجب اجباره على الاسلام لما فيه من
النفع له ولا يقتل لان القتل عقوبه ولا عقوبه على الصبي ترحما في حقه وانما قيدنا الصبي بالعاقل لان غير العاقل
ليس له قصد صحيح والرده والجبر على الاسلام وعدم القتل من الزوايد قال واذا تنصر
يهودي او بالعكس ترك ولا يجبره على الاسلام ه امام الخلاف في القول الصحيح من مذهب الشافعي فان
له في المسئله اقوال الثلثه احدها هذا والثاني يقبل دينه الاول والاخر انه يقر وعندنا يترك
ولا يجبر على الاسلام ولا على دينه الاول وهذا يبتني على ان الكفر كله مله واحده عندنا
وملتان عنده يجبر اما على الاسلام او على الدين الذي كان عليه لهذا لا يرى التوارث من هذه
الملل ولا التناكح لقوله عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين وعندنا يتوارثون ويتناكحون لان الكفر
مله واحده لانها تجمعهم على الكفر واجتماعهم في العقاب في الدار الاخره والمراد بما روي ه
ملتا الاسلام والكفر ه

فصل في البغاة

قال اذا تغلب قوم مسلمون على بلد وخرجوا عن الطاعه دعاهم الى الجماعه وكشف عن شبهتهم
ولا يبداهم بقتال فان بدوا قاتلهم حتى يفرق جمعهم ه اذا غلب جمع من المسلمين على بلد
وخرجوا عن طاعه الامام دعاهم الى الطاعه وكشف عن الشبهه التي استندوا اليها في
خروجهم عن طاعته فان امير المومنين عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروري قريه
من قرى الكوفه كان منها اول محتج للخوارج قبل ان يقاتلهم ولان الدعوه والكشف عن الشبهه
اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدا به اولا ولا يبداهم بقتال حتى يبدوه به فاذا بدوه قاتلهم
حتى يفرق جمعهم هكذا ذكره القدوري رحمه الله قال صاحب الهدايه وذكر الامام
المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز للامام ان يبدا بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا

وعند الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقه لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهؤلاء مسلمون
بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح لدمه عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والمنعه
وانما ادير الحكم على الدليل دون حقيقه القتال لان الامام لو انتظر القتال حقيقه فربما لا يمكنه
الدفع فكان اداره الحكم على الدليل اولى دفعا لشرهم قال ويجوز قتالهم بسلاحهم للحاجه وقال
الشافعي لا يجوز لانه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح
بين اصحابه بالبصره وكانت قسمته للحاجه لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل
لضروره الحاجه فاولى ان يجوز له في مال الباغي ودفع الضرر الاعلى بتحمل الضرر الادنى سايغ ومصلحه
قال وان بلغه تاهبهم حبسهم ليتوبوا ى دفعا لشرهم بقدر الامكان وهذه زايده
قال وان كانت لهم فيه اجهز على جريحهم واتبع موليهم والا فلا ى اذا كانت لهم فيه
اجهز على الجريح معناه اتم جرحه واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحق المولي والجريح بالفيه واذا لم
تكن فيه لم يفعل ذلك لاندفاع شرهم بدون ذلك قال ولا يسبى لهم ذريه ولا يقسم مال
ولكن يحبس حتى يتوبوا فيرد عليهم ى لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف
ستر ولا يوخذ مال وكفى به قدوه ومعنى لا يقتل اسير اي اذا لم يكن له فيه وان كانت له قتله الامام
ان شا وان شا حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون فيكونون معصومي الدما والاموال قال واذا
قتل العادل مورثه الباغي ورثه وان قتله الباغي وقال كنت وانا الان على حق ورثه ويحكم بحرمانه
مطلقا ى اذا قتل العادل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان على حق
ورثه والكبوى في كتاب يذكر الحق بانما عن ذكره او لا وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم
يرثه وهذا مفهوم من تعليق الارث بقوله انا على حق وكنت على حق وهذا المعلق به من الزوايد
وهذا مذهب ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا يرث الباغي في الوجهين والاصل
ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لم يضمن ولم ياثم لانه مامور بقتالهم لدفع شرهم والباغي
اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم لانه اتلاف عن تاويل فاسد وهو يلحق بالصحيح
عند انضمام المنعه في حق الدفع كما في منعه اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام تعتمد اما الالزام
من الامام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحه عن تاويل ولا الزام لعدم الولايه لوجود المنعه
القاطعه والولايه باقيه قبل المنعه وعند عدم التاويل ثبت الالزام اعتقادا وهذا بخلاف
لانه لا منعه في حق الشارع اذا عرفت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلم يمنع الارث
ولابي يوسف في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع كما اذا اتلف
نفسا او مالا لا يوجب ضمانها والحاجه ههنا الى استحقاق الارث ولهما ان الحاجه الى دفع

الحرمان ايضا اذ الاقرار به سبب الارث معتبرا لفاسد منه الا اذا شرطه بقاؤه على ديانته
فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال وان قصد مسلم قتل مسلم عصا
في المصر نهارا فاندفع عن نفسه بالسيف فعليه القصاص ى قال ابو حنيفه اذا قصد مسلم ان
يقتل مسلما بالعصا في المصر نهارا فقتله المقصود بالسيف او بما يقوم مقامه في نفوذ الاجزا
يلزمه القصاص وقالا لا يلزمه لانه لما صال عليه على قصد قتله كان محاربا باغيا فله دفعه عن
نفسه بالقتل دفعا لشره وصونا لنفسه عن الهلاك وصار كما لو قصد قتله بالسيف نهارا
او ليلا في المصر او غيره او قصده بالعصا في المصر ليلا وله انه قتله عمدا وهو غير مضطر
الى قتله فيلزمه القصاص وهذا لان العصا تلبث فيلحقه الغوث في المصر بالنهار غالبا بخلاف
السيف لانه لا يلبث وبخلاف المفازه والليل في المصر لعدم لحوق الغوث لعدمه في المفازه
والاحتراز عنه في المصر ليلا عاده قال ولا يوخذ ما جباه البغاه من الخراج والعشر ثانيا
فان صرفوه مصارفه اجزا اهله والا اعادوا فيما بينهم وبين الله تعالى ى اما الاول فلان ولايه
الاخذ للامام باعتبار حمايتهم اياهم ولم يحمهم وان كان البغاه تصرفوا ذلك في حقه
اجزا من اخذ منه لوصول الحق الى اهله وان لم يصرفوا في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله
الاعاده لعدم وصول الحق الى اهله ى

كتاب الحظر والاباحه

قال يحرم النظر الى العوره الا لضروره كالطبيب والختان والقابله ى النظر الى العوره
حرام بالنصوص المحرمه وعلى ذلك انعقد اجماع الامه واستثنى مواضع الضروره كالطبيب ونحو
ما يذكر في اثنا الباب لان مواضع الضروره مستثناه في الشرع للضروره الداعيه الى ذلك
وينبغي للطبيب ان يعلم امراه مداواه المراه لان نظر الجنس الى مثله اسهل فان لم يتمكن من ذلك
ستر كل عضو منها سوى موضع المرض وغض بصره ما استطاع لان الثابت بالضروره يتقدر
بقدرها فلا يتجاوزها ما امكن وصار كالختان والقابله وهما من الزوايد قال وينظر
الرجل من الرجل والمراه منه ومن المراه الى غير العوره ى نظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه
الا موضع عورته ولم يبين ههنا مقدارها لانه قد تقدم ذكرها في شروط الصلاه فاعتمد
في المعرفه عليها والعوره من الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز
ركبته فهذا ان السره ليست بعوره وان الركبه عوره والفخذ عوره خلافا لاصحاب الظواهر
وما دون السره الى منبت الشعر عوره خلافا للامام ابي بكر محمد بن الفضل وفيما اعتمد هو على
العاده والعاده لا معتبر بها الا في موضع لا نص فيه فلا التفت اليها اذا خالفت النص وروي

عن أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال الركبة من العورة ولأن الركبة ملتقى عظمي الفخذ والساق
فاجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم احتياطا ثم حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ
أخف منه في السوأة المغلظة وفائدة التفاوت يظهر في الإنكار فينكر على كاشف الركبة
إنكارا برفق وعلى كاشف الفخذ إنكارا بعنف وعلى كاشف السوأة بالتأديب إذا لج ويباح من
يباح النظر إليه من الرجل لأنهما فيما ليس بعورة سواء وأما المرأة فيجوز لها أن تنظر من الرجل إلى
ما ينظر الرجل إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة
كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل بمنزلة نظر الرجل إلى
محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ فإذا اشتهت أو كان في أكبر رأيها حصول الشهوة بالنظر أو
شكت في ذلك فالمستحب لها غض البصر وإن كان الناظر الرجل إليها وهي بهذه الصفة لم ينظر وهذا
إشارة إلى التحريم والفرق أن شهوتهن غالبة والغالب كالمحقق اعتبارا فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة
موجودة من الجانبين وكذلك من جانبها وحدها لعدم الشهوة من جانبه حقيقة واعتبارا والمحقق
من الجانبين في إفضائه إلى المحرم فوق المحقق من جانب واحد ويجوز للمرأة أيضا أن تنظر من المرأة
إلى ما يجوز للرجل النظر إليه من الرجل لوجود المجانسة وعدم الشهوة كما في نظر الرجل إلى الرجل
ولأن في الانكشاف فيما بينهن ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة قال وينظر من زوجته وأمته
التي تحل له إلى جميعها ه أي وينظر الرجل من زوجته ومن أمته التي يجوز له وطؤها إلى الطبيعة ومراده
دخول الفرج في جواز النظر ضمنا والأصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك ولأن
ما فوق النظر من المس والوطء مباح فما دون ذلك من النظر أولى بالإباحة إلا أن الأولى الامتناع عن
نظر كل منهما إلى عورة الآخر لقوله صلى الله عليه وسلم إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا
يتجردان تجرد العير قال ومن محارمه وأمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين
ولا بأس بمس ذلك إذا أمن الشهوة ويمس للشراء وإن خاف ه عن المنظور إليه منها وسبب
لما لا يجوز النظر إليه من البطن والظهر والفخذ والأصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
إلا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما عددناه ويدخل فيها الساعد والآذان
والعنق والقدم لأنها من مواضعها بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضعها
ولأنه يدخل بعض المحارم على البعض من دون استئذان والعادة في البيت سويهن أن يتقلب
في ثياب مهنتهن فلو حرم النظر إلى هذه المواضع منها أدى إلى الحرج مع أن الرغبة قليلة لأجل
الحرمة المؤبدة بخلاف ما وراء هذه المواضع لأنها قلما تنكشف في العادة والمحرم من لا يجوز
المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب أو بسبب كالرضاع والمصاهرة سفاح أو زنا في الأصح ولا

بأس بمس ما يجوز النظر إليه منها لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الأجنبية
وكفيها حيث لا يباح المس وإن أبيح النظر لتكامل الشهوة وإنما قيد في الكتاب إذا أمن الشهوة
لأنه إذا لم يأمن على نفسه الشهوة أو عليها لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما
النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيحترز عنه وأمة الغير
كذوات المحارم يجوز النظر منها ما يجوز من ذوات محارمه لأنها تخرج لحوائج المولى وتخدم
الأضياف في ثياب مهنتها فكانت خارج البيت في حق الأجانب بحال ذوات المحارم داخل البيت
معهم وحكم المدبرة وأم الولد حكم القنة لتحقق الحاجة ولا بأس بأن يمس ما يجوز النظر إليه منها
للشراء وإن خاف على نفسه الشهوة كذا ذكر القدوري في مختصره وأطلق في الجامع الصغير أيضا
قال صاحب الهداية والمشايخ رحمهم الله فصلوا فقالوا يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى
للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو غلب على رأيه أنه يشتهي لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء
يباح النظر والمس لكن بغير شهوة قال ولا ينظر من الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين
إذا أمن بأن خاف لا ينظر إلا القاضي والشاهد ولا يمس وإن أمن ه الأجنبية لا يجوز النظر إلى شيء منها
إلا الوجه والكفين عند الأمن من الشهوة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال
علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهما الوجه والكف
ولأن في إبداء هذين العضوين ضرورة لحاجتها إلى معاملة الرجال في الأخذ والإعطاء وغير ذلك وهذا
الاستثناء دليل على عدم جواز النظر إلى القدمين وفي رواية عن أبي حنيفة رحمه الله جوازه
للضرورة أيضا وإن كانت أقل من الوجه والكف وعن أبي يوسف جواز النظر إلى الذراع أيضا
لأنه قد يبدو منها عادة وإذا خاف الشهوة لم ينظر إلى وجهها إلا لحاجة قال عليه السلام
من نظر إلى محاسن امرأة بشهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة ولو شك في الاشتهاء لا يباح له
النظر أيضا كما لو علم أو غلب على ظنه ذلك ويدخل في لفظ الخوف فإن الشاك في شيء خائف من
وقوعه بالمظنة أنه أحد الجانبين ولا يمس وجهها ولا كفيها وإن أمن على نفسه الشهوة لقيام المحرم
للمس وهو قوله عليه السلام من مس كف امرأة وليس منها بسبيل وضع في كفه جمرة يوم القيامة
ولا ضرورة ولا بلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى وهذا في الشابة المشتهاة أما العجوز التي لا
تشتهى فيباح مصافحتها ومس يدها للأمن من الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه
كان إذا دخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم صافح العجائز واستأجر عبد الله بن الزبير عجوزا
لمرضه فكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه هذا كله عند الأمن فإن كان لا يأمن عليها أو على نفسه
لا يجوز المصافحة تحرزا عن التعرض للفتنة ويباح النظر إلى الصغيرة التي لا تشتهى ومسها للأمن

من الفتنه واما القاضي والشاهد فقد استثناهما في الكتاب اي ويجوز لهما النظر عند القضا
وللشهاده عليها وان خافا الشهوه لضروره الحاجه الى احيا حقوق الناس ولكن ينبغي ان يقصد
بالنظر ادا الشهاده او الحكم لا قضا الشهوه تحرزا عن القبيح بقدر الامكان واما النظر في التحمل
فقيل يباح وان اشتهى كما في حاله الادا والاصح انه لا يباح لوجود غيره في التحمل ممن لا يشتهي بخلاف
حاله الادا الخاصه ان اقامه الحق قال وينظر العبد من سيدته ما ينظر الاجنبي
وعن مالك انه كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ولضروره الدخول
من غير اذن ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوه موجوده لامكان التزوج بها في الجمله
والحاجه ليست بطاله لان اكثر عمله خارج البيت والمراد بالنص الاما قال سعيد رحمه
والحسن وغيرهما لا تغرنكم سوره النور فانها في الاناث دون الذكور قال والخصي
في النظر الى الاجنبيه كالفحل ش لقول عايشه رضي الله عنها الخصا مثله لا يبيح ما كان حراما
قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الافعال لكونه فحلا
فاسقا والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا باس بالنظر الى من يريد نكاحها وان علم
الشهوه ش لقوله عليه السلم ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما ولان المقصود من النظر اقامه
اقامه هذه السنه لا قضا الشهوه فجاز النظر وان علم انه يشتهيها قال ولا باس
بالمصافحه وتقبيل يد العالم والسلطان العادل ويكره للرجل عناق الرجل وتقبيله ش اما
المصافحه فقد وردت السنه بها قال صلى الله عليه وسلم اذا التقى المومنان فتصافحا
تناثرت ذنوبهما كما يتناثر الورق اليابس من الشجر ونزلت عليهما مايه رحمه تسعه وتسعون
لاشدهما وجها لصاحبه واما تقبيل يد العالم والسلطان العادل ففيه تعظيم لهما لاستحقاقهما
على العلم والعدل وقد روي ان الصحابه رضي الله عنهم كانوا يقبلون اطراف رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكره للرجل ان يعانق الرجل او يقبل فمه او يده
او رجله او شيئا منه لما روينا لانه صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا عند قدومه من الحبشه
وقبل بين عينيه وقال ابو حنيفه ومحمد رحمه الله يكره ذلك لموضع النهي فقد روي انه عليه
السلم نهى عن المكامعه والمكاعمه المكامعه المعانقه ماخوذ من الكمع والكميع والضجيع والمكاعمه
التقبيل ماخوذ من كعام البعير وهو ما يشد به فمه عند هيجه ومنه كعم المراه وكاعمها اذا التقم
فاها في التقبيل وهذا الخلاف فيما اذا اعتنق الرجلان عاريين عما على الازار اما اذا كان على كل
منهما قميص فلا كراهه فيه بالاجماع وهذا صحيح وقالوا ان الكراهيه اتفاقا فيما اذا كان التقبيل عن
شهوه واما اذا كان على وجه المبره فلا باس قال ويحل للنسا لبس الحرير ش يحرم على

الرجال لبس الحرير ويحل للنسا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه
من لا خلاق له في الاخره وانما حل لبسه لهن لما رواه جمع من الصحابه انه صلى الله عليه وسلم خرج وفي
احدى يديه حرير وفي الاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى
حل لاناثهم ويستثنى من ذلك القليل فانه عفو بمقدار ثلث اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير
لما روي انه عليه السلم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه
السلام انه كان يلبس جبه مكفوفه بالحرير قال وتوسده وافتراشه مباح ش توسد الحرير
وافتراشه والنوم عليه مباح عند ابي حنيفه وقالا يكره وذكر في الجامع الصغير الخلاف بين ابي
حنيفه ومحمد عن قول لابي يوسف لهما اطلاق ما رويناه هذان محرمان على ذكور امتي وصار
كالالتحاف وله قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا والمراد بالحديث حرمه استعمال
الذهب ولبس الحرير دون غيرهما بالاجماع والافتراش ليس بلبس وكذا التوسد بخلاف الالتحاف لكونه
لبسا من كل وجه قال ولبسه في الحرب مكروه ش وقالا لا باس به لما روى الشعبي انه صلى
الله عليه وسلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضروره فان الخالص منه
ادفع لمعره السلاح واهيب في قلوب اعدا الدين وله اطلاق ما رويناه والضروره تندفع
بالمخلوط منه وهو ما لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يباح الا لضروره قال ولا
باس بما سداه ابريسم ولحمته قطن او خز ش وهذا مطلق في الحرب وغيره لان الصحابه رضي الله عنهم
لبسوا الخز والخز مسدى بالحرير والثوب يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمه فكانت هي المعتبره دون السدى
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا باس به في الحرب للضروره ويكره في غير الحرب لعدم
الضروره واعتبار اللحمه على ما قلنا قال ويحل لهن التحلي بالذهب والفضه ويحرم على الرجال
الا الخاتم والمنطقه وحليه السيف من الفضه ش اما الاول فلقوله عليه السلم هذان حرامان
على ذكور امتي حل لاناثهم مشيرا الى الابريسم والذهب ولا يجوز للرجال التحلي بالفضه لانه في معنى
الذهب وانما استثنى هذه الاشيا لما روي عن ابي يوسف انه قال وردت في حل ذلك اثارا
ثبتت الرخصه فيها خاصه وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضه وفيه دليل على ان التختم بالحجر
والحديد والصفر حرام وروي انه صلى الله عليه وسلم راى على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد
منك رايحه الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حليه اهل النار ومنهم من
اطلق حجر اليشب لانه يتميز عن الحجاره بالخفه لكن اطلاق جواب الكتاب يدل على تحريمه ويجعل
الرجل الفص الى باطن كفه والمراه الى ظاهر كفها لانه زينه في حقها والرجل انما يختم اذا كان له
حاجه الى الختم كالقاضي والسلطان فاما من لا حاجه له الى الختم فالافضل له تركه قال

وشد السن بالذهب لا يجوز واجازاه كالفضه ه شد الاسنان بالفضه جايز اتفاقا وبالذهب
لا يجوز عند ابي حنيفه وقالا يجوز لان عرفجه بن اسعد الكناني اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا
من فضه فانتن فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب ففعل فلم ينتن وله
ان الاصل عدم الجواز وانما رخص لدفع الحاجه فاذا اندفعت بالادنى وهو الفضه لا يباح الاعلى وهو
الذهب وما رواه من حديث عرفجه لم يندفع الحاجه فيه بالادنى فابيح له صلى الله عليه وسلم
الاعلى لدفع حاجته ومنه قوله قال ويكره ان يلبس الصبي الحرير والذهب ه لان التحريم
لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها ولان الصبي يجب
ان يعود ما يجوز في الشرع ويباح دون ما لا يجوز له الف ذلك ويعتاده الا ترى انهم يمنعون عن شرب
الخمر ويوخذون بالصوم والصلوه ليالفوا ذلك فلذلك يمنعون لبس الحرير والذهب ليالفوا تركه
قال ويحرم استعمال الانيه منهما للرجال والنساء ه لا يجوز الاكل والشرب والادهان
والتطيب في انيه الذهب والفضه للرجال والنساء جميعا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب
في انيه الذهب والفضه وقال من شرب في انيه الذهب والفضه فانما يجرجر في بطنه نار جهنم
وانما عم النوعين لعموم النهي وقالوا انه يكره الانتفاع بهما في كل ما يعود الى البدن كالطيب والادهان
ولا يجوز ان يكتحل من مكحله ذهب او فضه او بميل من ذهب او فضه وكذلك المراه لان جميع ذلك
منفعه تعود الى البدن فصار كالاكل والشرب قال ولا باس بالعقيق والبلور والزجاج
لان هذه الاشيا ليست من جنس فلم يكره استعمالها ولا يقع لها التفاخر فلم يكن في معنى
الذهب والفضه قال والشرب في الانا المفضض والجلوس على السرير المفضض جايز اذا
اتقى موضعها ويكره في روايتين ه قال ابو حنيفه رضي الله عنه الشرب في الانا
المفضض والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض اذا كان يتقي موضع الفضه
قيل معناه موضع الفم وقيل موضع اليد عند الاخذ وكذلك اذا اتقى في السرج والكرسي
موضع الجلوس عليه وقال ابو يوسف رحمه الله يكره ذلك وعن محمد رحمه الله روايتان روايه
كمذهب الامام والاخرى كمذهب ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الانا المضبب والكرسي
المضبب بالذهب والفضه وكذا الاختلاف في اللجام والركاب اذا كانا مفضضين وكذا
الثوب فيه كتابه بذهب او فضه وهذا الاختلاف انما هو فيما يخلص لها التمويه الذي لا يخلص فلا باس
به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الانا مستعمل كله فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضه وله
ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبه المكفوفه بالحرير والعلم في الثوب والمسمار من
الذهب في الفص مذهب ابي يوسف ومحمد ونسبه الروايتين من الزوايد قال ويقبل

في الهديه والاذن قول صبي وعبد وامه في المعاملات قول الفاسق وفي الديانات قول العدل حرا
كان او عبدا ه يقبل في الهديه والاذن قول العبد والجاريه والصبي استحسانا والقياس ان
لا يقبل وانما تركنا القياس للعاده بقبول اقوالهم في الاذن والهديه في سائر الاعصار من غير
نكير ولانه لو اعتبرنا في جواز ذلك خبر الحر البالغ يشق ذلك على الناس فجوز دفعا للحرج والاثمه
من الزوايد وقالوا يجب ان يعمل في ذلك على غلبه الظن من السامع ومن صفات الخبر فاذا راى
العبد يبيع شيئا لم يشتره حتى يساله فاذا ذكر ان المولى اذن له في ذلك وكان العبد ثقه
اشتراه وكذلك ان قال هذا اهداه اليك مولاي وان كان اكبر رايه انه كاذب او لم يكن
له راي لم يتعرض لشي منه لان الاصل انه محجور عليه والاذن طارئ فلا يجوز اثباته بالشك وانما قبل
قول العبد الثقه في الاذن لانه من اخبار المعاملات وهو اضعف من اخبار الديانات فاذا
قبل قوله في اخبار الدين ففي اخبار المعاملات اولى وقالوا في رجل في يده شي اخبر انه لغيره
وانه وكله في بيعه او وهبه منه او اشتراه منه وهو مسلم ثقه صدق اذا غلب على
الظن صدقه وان غلب على الظن كذبه لم يصدق وهذا اذا لم يعلم الملك لغير البايع الا ان
خبره اعتبارا للعاده الناس في القبول من الوكلاء والدلالين ولو باع شيئا ولم يخبر
انه لغيره فلا باس ان يشتري منه ويقبل قوله انه له وان لم يكن ثقه الا ان يكون مثله لا يملك
السلعه فالاحب ان يتنزه منه وجواز الشرا بنا على اليد والتصرف الدالين على الملك واعتبارا
للعاده المستمره في الشرا من الثقات وغير الثقات من غير نكير فاما الفقير يبيع جوهره ثمينه فالاولى
التنزه منه اعتبارا الظاهر الحال في ان مثله لا يملك مثلها ولم يخبر عن وكاله من جهه غيره فرخص
دفعا للحرج وفي اخبار الديانات لا يقبل الا قول العدل لانه خبر يتعلق بالدين فلا يخبر به
الا قول عدل كاخبار الرسول صلى الله عليه وسلم وهذا كما اذا اخبره مسلم ثقه بنجاسه
الما لم يجز له ان يتوضا به وان كان المخبر غير ثقه وغلب على الظن صدقه فالاولى التنزه عنه
وان توضا جاز وكذلك اذا تزوج امراه فاخبره ثقه ان بينهما رضاعا فالاولى له مفارقتها
لان الرضاع لا يثبت بشهاده الواحد ولكن يلزم التنزه والفرق بين المعاملات والديانات ان المعاملات
يكثر وجودها وفي زياده الاشتراط حرج فقبل قول الواحد حرا كان او عبدا كافرا كان او مسلما
عدلا كان او فاسقا ذكرا كان او انثى واما الديانات فلا يكثر وجودها ولا يتكرر وقوعها
حسب تكرر المعاملات ووقوعها فجاز ان يشترط فيها زياده شرط فلم يقبل الا قول المسلم العدل
لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فلم يكن له الزام المسلم به بخلاف المعاملات لان الكافر

لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمقاتلة ولا تتهيا له المقاتلة الا بعد قبول قوله فيها فكان في
ذلك ضرورة وتقبل في الديانات قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا لترجح الصدق
عند العدالة والقبول لرجحان الصدق وقوله حرا كان او عبدا من الزوايد قال ويعزل
عن امته بغير اذنها ويستاذن الزوجة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن العزل عن الحرة الا
باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا
للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء قال ويكره استخدام الخصيان
لان استخدامهم يحث الناس على هذا الصنع وانه حرام ومثله قال ولا باس باخصاء البهايم
وانزاء الحمير على الخيل لان في اخصاء البهيمة منفعة لها وللناس يجوز وروي انه صلى الله عليه
وسلم ركب البغلة فلو لا جواز الانزاء لامتنع له كيلا ينفتح هذا الباب قال ويحرم
الشطرنج مطلقا اي قامر بها او لم يقامر اما اذا قامر به فالميسر حرام بالنص وسقط عدالته
والميسر اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقد قال عليه السلم لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه
فرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته اهله لكنه لا يسقط عدالته وقال الشافعي يباح اللعب
بالشطرنج لتشحيذ الخاطر وتذكية الفهم فيجوز لهذا القصد دون القمار ولنا انه نوع لعب
يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما مطلقا لقوله عليه السلم ما الهاك عن ذكر
الله فهو ميسر قال ويكره تعشير المصحف ونقطه لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا
القران ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد قال صاحب الهداية
في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القران فيكون ذلك
حسنا قال ابو الحسين الكرخي ولا يكره ما ليس من تراجم السور حسب ما جرت العادة لان في
ذلك ابانة عن معنى السورة وهو بمنزلة كتابة التسمية في اوايلها للفصل قال ولا
باس بتحليته ونقش المسجد وتزيينه لان في تحلية المصحف تعظيما له ولان عثمان فعل ذلك
بمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير انكار احد من الصحابة قال ويكره بيع السلاح
ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهلها لان ذلك تسبب الى المعصية وان كان لا يعرف
انه من اهل الفتنة فلا باس به لاحتمال ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ويجوز
بيع اراضي مكة لبنائها وكرهاه والجواز رواية بيع اراضي مكة مكروه عند
ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي حنيفة انه لا يكره وهو قول ابي يوسف وفي الجامع الصغير
لا باس ببيع بناء مكة ويكره بيع اراضيها وقال ابو يوسف ومحمد لا يكره وروى الحسن عن ابي

حنيفة انه لا يكره وجه الكراهة انه صلى الله عليه وسلم قال الا ان مكة حرام لا تباع
رباعها ولا تورث وظاهر النص يحرم البيع حقيقة الا ان هذا دليل تخلف عنه الحكم لكون اربابها
ملاكها والملك يقتضي الاطلاق فيثبت شبهة المدلول شبهة الحرمة هي الكراهة ووجه
الجواز من دون كراهة ان في اثبات الكراهة حجرا على الملاك والدليل يابى الحجر على الحر
العاقل الكامل الراي قال ويجوز بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان المطلق لجواز البيع
وهو الملك قائم والمعارض منتف فوجب القول بالجواز وما يتبع ذلك من المعصية فليس متعلقا بالعين
العصير بل بغيره وبهذا فارق بيع السلاح ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعين المبيع قال
واذا باع مسلم خمرا وقبض الثمن وعليه دين كره لرب الدين اخذه منه وان كان ذميا جاز وهاتان
المسئلتان من الزوايد والفرق بينهما ان المسئلة الاولى باطل لان الخمر ليست بمال متقوم في حق
الذمي فملكه البايع فحل الاخذ منه قال ويجوز بيع الروث لا باس عندنا ببيع السرقين
اي الارواث ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة
وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان
مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها اذا كانت مخلوطة بتراب غالب عليها
وبيعها مخلوطة يجوز عندنا في الاصح قال ويكره الاحتكار في اقوات بني ادم والبهايم
في بلد يضر به اذا كان الاحتكار في بلد يضر به ذلك كما اذا كانت كره وان لم يضر به فلا باس
والاصل فيه قوله عليه السلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه يتعلق به حق
العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم واذا كان لم يضر لم يكره
لانه حابس لخالص ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك تلقي الجلب على هذا التفصيل وتخصيص
اقوات بني ادم والبهايم كالحنطة والشعير والتبن والقت وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال
ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار ذهبا كان او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال
لا احتكار في الثياب فابو يوسف مال الى اعتبار حقيقة الضرر بالحبس فانه هو المؤثر في الكراهة
وابو حنيفة مال الى اعتبار الضرر المقصود المتعارف ثم الاحتكار انما يكره اذا طالت
المدة لان الضرر لازم في طويل المدة دون قصيرها وقدروها باربعين يوما لقوله عليه السلم
من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير اجل وقيل ضرب المدة للمعاقبة في الدنيا اما الاثم فحاصل وان
قصرت المدة قال واذا احتكر غلة ضيعته جاز لانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة
الا يرى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع قال والمجلوب من بلد اخر لا احتكار فيه اذا جلب

غلة من بلد آخر لم يكن محتكرا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في
المصر وجلب إلى فنائه وقال أبو يوسف يكره لإطلاق حديث المحتكر وقال محمد كلما يجلب إلى المصر
في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد
بعيدا ولم تجر عادة بالحمل منه إلى المصر لعدم تعلق حق العامة قال ويكره التسعير ه لا
ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط
الرزاق ولأن الثمن حق العاقد فكان تقديره إليه فلا ينبغي التعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة
فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك
ونهاه عن الاحتكار فإن رفع إليه الأمر ثانيا حبسه وعزره على ما يرى زجرا
له ودفعا للضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتعدون ويتجاوزون القيمة تعديا فاحشا
وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصر
فإذا تعدى أحد بعد ما فعل ذلك أجازه القاضي وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر حيث لا يرى
الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم معينين ومن باع منهم بما قدره الإمام
صح لأنه غير مكره عليه وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف
المعروف في مال المديون وقيل يبيع ههنا بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر العام
قال وأجازوا الذمي دخول المسجد ويكره في الحرم ه قال مالك رحمه الله لا
يجوز للذمي كافر دخول مسجد لقوله تعالى إنما المشركون نجس فيبرأ المسجد عنه وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز دخوله إلى الحرم لقوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا وعندنا يجوز لما روي
أن وفد ثقيف وكانوا كفارا قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يضرب لهم خيمة في
وسط المسجد الحرام فنزلوا فيه فقيل إنهم أنجاس يا رسول الله فقال إن نجاستهم في أنفسهم لا على الأرض
والآية وردت فيهم حيث كانوا يطوفون عراة ويتكلمون بالفواحش فالنهي لذلك لا لنفس الدخول
قال ويكره الدعاء بمعقد العز من العرش وكرهاه ه للمسألة عبارتان إحداهما أسألك بمعقد
العز من عرشك والأخرى بمقعد وهذه تكره بلا خلاف لأنه من القعود وكذا الأولى مكروهة عندهما
لأنه يوهم تعلق العز بالعرش والعرش محدث وهو تعالى بصفاته كلها قديم وعن أبي يوسف لا بأس به وبه
أخذ الفقيه أبو الليث لأن الدعاء بهذا اللفظ مأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم اللهم إني أسألك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة قالوا
هو خبر واحد فكان الامتناع من اللفظ الموهم أحوط ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق
أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق ه

فصل في المسابقة

هذا الفصل كله من الزوائد

قال ويجوز المسابقة على الأقدام والخيل والبغال والحمير والإبل قال الزاهدي الأصل
في ذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر والمراد بالخف
الإبل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل والحمار وعن الزهري قال كانت المسابقة بين أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيل والركاب والأرجل ولأنه من أسباب الجهاد فيحتاج إليه
للكر والفر وكل ما كان من أسباب الجهاد فتعلمه مندوب إليه سيما في إقامة هذه الفريضة
وكانت ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي العضباء لا تسبق فجاء أعرابي على قعود فسبقها
فشق ذلك على المسلمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رفع الله شيئا إلا وضعه ودلالته على
جواز المسابقة ظاهرة وفي الحديث سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر فسبق رسول
الله وصلى أبو بكر وثلث عمر وعنه صلى الله عليه وسلم لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال
والرهان أي الرمي والمسابقة قال فإن شرط فيها جعل من أحد الجانبين أو من ثالث لأسبقهما
جاز وذلك مثل أن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتني أعطيتك كذا وإن سبقتك لا آخذ منك شيئا
أو يقول الأمير لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا وإن سبق فلان فلا شيء عليه أو يقول
لجماعة الرماة من أصاب الغرض فله كذا وإنما جاز في هذين الوجهين لاشتماله على التحريض على
آلة الحرب والجهاد ولقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وفي القياس لا يجوز ذلك لأنه
تعليق التمليك بالخطر قال أو من الجانبين حرم إلا أن يكون بينهما محلل بفرس كفؤ لفرسيهما إن
سبقهما أخذ منهما أو سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه ه إذا شرط
الجعل من الجانبين كان قمارا والقمار حرام إلا أن يكون بينهما محلل بفرس كفؤ لفرسيهما يتوهم
أنه يسبقهما فإن سبقهما أخذ منهما وإن سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه
وإنما جاز ذلك لأن بالمحلل خرج أن يكون قمارا فيجوز لما ذكرنا وتفسير المحلل أن يكون إن
سبقاه أعطاهما وإن سبقهما لم يأخذ منهما وهو جائز أيضا لما ذكرنا ولو لم يكن الفرس
المحلل مثلهما لم يجز لأنه لا فائدة في إدخاله بينهما فلم يخرج حينئذ من أن يكون قمارا
وعلى هذا التفصيل إذا تنازع فقيهان في مسألة فتراهنا إلى شيخ وجعلا على ذلك جعلا
لأن ذلك في معنى ما ورد به النص في المسابقة بالخيل لأن في ذلك معنى يرجع إلى الحث على
الجهاد وهذا مما يرجع إلى الحث على العلم وقيام الدين بالعلم والجهاد والله أعلم ه

كتاب الوصايا

قال تستحب الوصية ه القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك

مضافا الى زمان زوال الملك واضافة التمليك الى زمان هو فيه مالك باطل كما اذا قال
ملكتك هذا الشيء غدا فهذا اخرى فما ولى وفي الاستحسان يقتضي الجواز للحاجة العامة فان
الانسان مبتلى بطول الامل مقصر في اعماله من العمل لحاجته ماسة الى تدارك بعض ما فرط منه
من الزلل بتصرف في ماله تصرفا ان عاجلته المنية يحصل مقصده في المال او واصلته العاقبة صرفه
في حوائجه في الحال وفي شرع الوصية تحصيل هذا الغرض ودفع هذه الحاجة فشرع وملكه
محكوم ببقائه بعد الموت لحاجته كما في قدر التجهيز والدين وهي مستحبة مندوب اليها لقوله
صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد ان يوصي فيه ان يبيت ليلتين
الا ووصيته عند رأسه فقاعد عن الوجوب فاقتضى الاستحباب ومن الناس من قال بوجوبها للمسا
دونناه وليس بصحيح لانها ليست حقا في ماله بعقد فلم يكن واجبة كالهبة والعارية ولذلك فانه لا
يلزمه حال حياته لا يلزمه بعد موته كالاجارة والبيع ومنهم من قال بوجوبها للوالدين والاقربين بآية
البقرة وليس استدلالا صحيحا لانها منسوخة بآية النساء الا ترى انه جعل المال للوارث بعد وصية
منكرة ولو كانت الوصية للوالدين واجبة كانت وصيته معروفة فلما نكرها دل على نسخها ومن اصحابنا
من قال هي منسوخة بقوله عليه السلام لا وصية لوارث وهو خبر مشهور تلقي بالقبول يجوز نسخ
الكتاب به على اصولنا قال ـــ وتقدر بالثلث ويفضل ان ينقص منه وان ينزلها ان كانت
ورثته فقراء لا يستغنون بانصبائهم اما تقديرها بالثلث فلقوله صلى الله عليه وسلم لسعد
حين قال له اوصي بجميع مالي فقال لا قال اوصي بنصف مالي قال لا قال اوصي بثلث مالي قال الثلث
والثلث كثير انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولقوله عليه
السلام ان الله جعل لكم ثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة في اعمالكم وهو دليل اختصاصها
بالثلث واما ان الافضل هو ان ينقص من الثلث فلقوله عليه السلام والثلث كثير وهذا مطلق فاستحباب
النقصان ليس مقيدا بغنى الورثة ولا فقرهم وهذا لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليه
بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه يستوفي تمام حقه فلا صلة ثم الوصية بما دون الثلث اولى
من الترك اما الترك فقالوا ان كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لاشتماله على
الصدقة على القريب وقد قال صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة معا وان كانوا اغنياء او يستغنون بما يرثون
فالاولى ان يوصي بما دون الثلث لانه يكون صدقة على الاجنبي وفي تركه واهبا من القريب
والصدقة اولى وقيل يخير ههنا لاشتمال احدهما على الصدقة والآخر على الصلة واستحباب
الترك للفقير من الزوائد قال ـــ وتصح للاجنبي مسلما كان او كافرا غير اجازة الورثة اما

جواز ايصاء المسلم للذمي فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية واما جواز ايصاء
الكافر للمسلم فلان الذمي جازت وصية المسلم له جازت وصيته للمسلم كالمسلم وهذا لان الكافر الذمي
لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين حال الحياة وكذا
جاز لهما التبرع بعد الوفاة وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين وقد فهم المسئلتين اعني جواز وصية المسلم للكافر والكافر للمسلم
بقوله مسلما كان او كافرا يعني الموصى له الاجنبي فقوله مسلما كان اي الموصي كافر وقوله او كافرا
يعني والموصي مسلم واذا فهم منه ان الموصي المسلم يجوز ايصاؤه للاجنبي مسلما كان ذلك الاجنبي او كافرا
فقد سقطت مسئلة وليس مرادنا هذا فان صحة ايصاء المسلم للمسلم من اوليات الشرع فحمل الكلام
على المحمل الاول لفهم المسئلتين هو المراد وانما لا يتوقف على اجازة الورثة لانه تصرف فيما هو محض حقه وهو
الثلث فلم يتوقف على اجازة غيره قال ـــ ولا تجوز للوارث ولا بما زاد على الثلث الا ان يجيزها
مسئلتان اما الاولى فلا تجوز الوصية للوارث الا باجازة الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله اعطى
كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولان في جوازه قطيعة الرحم لان ايثار البعض بالوصية على البعض مستلزم
للاذى الموجب للعداوة والبغضاء واعتبار كونه وارثا وغير وارث وقت الموت لا وقت الايصاء
لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ثبت بعد الموت فيعتبر الحال وقت الملك والهبة من
المريض للوارث نظير الوصية لان الهبة وصية حكما الا ترى انها تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث
بعكس ذلك لان الاقرار تصرف في الحال فيعتبر في ذلك وقت التصرف وانما استثنى اجازة الورثة
لروي في ما رويناه ولان المنع منه كان لحقهم فاذا اجازوا فقد زال المنع فجاز ولو
اجاز بعضهم ورده البعض جاز على المجيز بقدر حصته لولايته على مقدار نصيبه وبطل في حق
من لم يجز المسئلة الثانية لا تجوز الايصاء بما زاد على الثلث الا باجازة الورثة لما روينا سعد
ودلالته على اختصاص الوصية بالثلث ولانه حق الورثة باعتبار انعقاد سبب زواله عن
المورث اليهم وهو استغناؤه عنه فيتعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهر ذلك في حق الاجانب
في الثلث لما مر واظهره في حق الورثة وقد قال صلى الله عليه وسلم الحيف في الوصية من اكبر
الكبائر وفسر بالزيادة على الثلث والوصية للوارث والمراد باستثناء اجازة الورثة ان يكونوا كبارا
وان يكون الاجازة بعد الموت لان امتناع الوصية كان لحقهم فاذا اجازوه فقد اسقطوا حقهم
ولا اعتبار لاجازتهم حال الحياة لانها قبل ثبوت الحق لان ثبوت الحق بعد الموت ولو اجازوه
قبل الموت كان لهم الرد بعده بخلاف ما لو اجازوه بعد الموت لم يكن لهم الرجوع وكذا اذا
اجاز باقي الورثة فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الورثة يملكه عندنا من قبل الموصي لا من قبل

المخبر اعتبارًا للسبب فانه صدر من الموصي في الاجازة لرفع المانع قال وإذا لم يكن وارث يجيزها بالكل له قال الشافعي رحمه الله اذا اوصى لاجنبي بكل ماله ولا وارث له صحت الوصية في الثلث ويوضع الثلثان في بيت المال لان الثلث هو محل الوصية لقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم تضعونه حيث شئتم والتقييد بثلث المال ينفي تحليه الزائد عليه للوصية وقال اصحابنا رحمهم الله صحت الوصية في الكل ويسلم الجميع الى الموصى له لانه لولا الوصية له بما زاد على الثلث لكان يوضع الثلثان في بيت المال حقًا لعامة المسلمين والموصى له من عامة المسلمين فيترجح عليهم بالايصاء له قال ولا يجوز للقاتل الا بالاجازة ولا تعتبرها قد اطلق القاتل ليدخل فيه العامد والخاطي بعد ان يكون مباشرًا والمباشر هو القاتل حقيقة والايصاء له لا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز لانه وان كان جانيا الا ان جنايته لا تخرجه عن اهليته ان يتبرع عليه غيره ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لقاتل ولانها اخت الميراث لان الارث وصية الله للوارث يوصيكم الله في اولادكم والقاتل لا يستحق وصية الله حيث حرم الميراث فالحري ان لا يستحق وصية العباد فان اجازه الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تعتبر اجازتهم لان امتناع الوصية لاجل الجناية وهي باقية ولهما ان الامتناع لحق الورثة لعدم رضاهم بالوصية للقاتل لعدم رضاهم بها للوارث واذا اجازوا في الوصية للوارث يصح فكذا هنا لان نفع الابطال في الصورتين عايد اليهم ولا يخرج باجازتهم عن ان يكون قاتلا كما لا يخرج الوارث بالاجازة عن ان يكون وارثا قال ولا يجيزها من صبي قد اضاف الصبي في القرب لا يصح عندنا وقال الشافعي يصح لانه يقع بحق لان المال يزول عن ملكه بالموت فاذا اعتبر ايصاؤه يحصل له الثواب بالوصية واذا لم يعتبر زال ملكه بالموت من غير ثواب الوصية فكان اعتبارها نظرًا له ولنا ان الايصاء تبرع وهو ليس من اهله ولان قول الصبي غير ملزم وفي تصحيح ايصائه القول بالالزام والثواب حاصل له بالترك على الورثة لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير لك الحديث ولو اوصى وهو صبي ثم ادرك ثم مات لا يعتبر لعدم الاهلية وقت مباشرة الوصية ولو علق الوصية بالادراك فقال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لم يصح لقصور الاهلية فلا يملك الايصاء تنجيزًا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب اذا علقا بالعتق لكمال اهليتهما في انفسهما الا ان المانع هو حق المولى فصحت الاضافة الى حال سقوطه قال ولا من معتقل اللسان بالاشارة اذا اعتقل لسان المريض فقرئ عليه كتاب وصية وقيل له نشهد عليك بما فيه فقال براسه مشيرًا اي نعم لم يعتبر ولا يصح الشهادة عليه بذلك وقال الشافعي

رحمه الله الاشارة كافية ويحل الشهادة عليه بذلك عند الحاجة لانه عاجز في الحال فينزل منزلة الاخرس والحاجة ماسة الى اعتبار اشارته عند عجزه فاستوى الحالتان الاصلي والعارضي نظيره الزكاة الاضطرارية في الوحشي والاهلي اذا ند وتوحش ولنا ان الاشارة لم تتعين بدفع الحاجة لامكان زوال ما بلسانه من الآفة بخلاف الاخرس لوقوع الياس عن العبارة وههنا زوال المانع موجود والتقصير حاصل من قبله بتاخير الوصية الى هذه الحالة فلم يلزم من اقامة الاشارة في الاخرس مقام العبارة مع تعينها وعدم تقصيره بدفع الحاجة اقامتها مقامها ههنا مع عدم تعينها لذلك مع تقصيره قال ولا يجوز من مكاتب مع وفاء لان مال المكاتب عرضة للتبرع فلا يصح كما لا يصح عتقه وهبته وقيل على قول ابي حنيفة يصح وعندهما لا يصح اعتبارًا بالمسألة المعروفة في المكاتب بقوله كل مملوك املكه فهو حر فيما يستقبل حر تعتق بتلك وقد مر الكلام فيها في موضعه قال وتصح للحمل وبه اذا وضع لاقل من ستة اشهر من يوم الوصية وبه دونه قد اما الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه والجنين يصلح خليفة في الوصية لانها اخت الارث واما الوصية به فلانه بعرضية الوجود اذا الكلام فيما علم وجوده بان وضع لاقل مدة الحمل من يوم الوصية وباب الوصية اوسع الا ترى انها تصح بالمعدوم كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى والجهالة في نفسها غير مانعة من الايصاء بدليل جوازها بثلث المال وانما يتعلق بثلث المال الموجود عند الموت وهو مجهول وجوز الوصية لولد فلان وهم مجهولون فاذا كانت الوصية لا تمتنع بها الجهالة صحت للحمل وبه وانما شرط وضعه لاقل من ستة اشهر ليتحقق وجوده عند الايصاء به وله واما الايصاء بالام دونه فاذا اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية وصح الاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل من حيث اللفظ لكنه اذا اطلق استحق الحمل لكونه جزء الموصى به فاذا افرد الام بالوصية صح الافراد ولانه صح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه لان الاصل ان ما صح افراده بالعقد صح استثناؤه منه قال ويعتبر قبولها وردها بعد الموت وتملك بالقبول الا ان يموت الموصى له قبل القبول فيملكها ورثته قد الوصية يتوقف تملكها الى قبول الموصى له وعند زفر واحد قولي الشافعي لم يتوقف والخلاف في المدة فاذا افتقرت الى القبول فاعتباره بعد الموت حتى لو قبل الموصى له في حال حياة الموصي ورده فرده وقبوله باطلان اما زفر فانه يقول الملك فيه يثبت بالموت فلم يتوقف على القبول كالارث ولنا انه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كالتمليك بالهبة والبيع ولانه لو ثبت الملك بغير قبول لكان الموصي قد الزمه الملك بغير اختياره وذلك غير مملوك لاحد الا ان يكون واليا على من يلزمه به ولا ولاية للموصي على الموصى له فلم يملك الزامه بالملك الا عن اختياره ثم اذا ثبت ذلك قلنا لا يصح القبول الا بعد الموت لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد

الموت بدليل انه اذا اوصى بثلث ماله استحق الموصى له ثلث ما يوجد في ملكه عند الموت لا وقت
الوصية واذا كان عقد الوصية ينعقد عند الموت كان القبول بعد ذلك فما وجد منه قبل ذلك لا
يعتبر لانه قبول قبل الايجاب ولا اعتبار بالارث لان الايصا اثبات الملك للموصى له متوقف على قبوله
والوراثة خلافة تثبت جبرا من الشرع من غير قبول واستثنى في الكتاب مسئلة وهي ما اذا مات الموصي
ثم مات الموصى له قبل ان يقبل الوصية فان الموصى به يدخل في ملك الورثة استحسانا والقياس بطلان
الوصية لتوقف الملك على القبول ولم يوجد فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البائع وجه
الاستحسان ان الوصية من جهة الموصي قد تمت تماما لا يلحقه فسخ من جهته بموته وانما توقف على
حق الموصى له فاذا مات دخلت في ملكه كالبيع الذي شرط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل ان يجيز
واذا دخل في ملكه انتقل الى ورثته بموته قال ويجوز له الرجوع صريحا ودلالة لان
الايصا تبرع لم يتم فجاز الرجوع كالهبة ولان القبول يتوقف على الموت فكان الحال ما تحرزا عن القبول
فصح ابطاله ولا فرق بين ان يصرح بالرجوع فيقول قد رجعت عما اوصيت به وبين ان يفعل فعلا يدل
على الرجوع وذلك لانه يتخير بين تنفيذ العقد وابطاله فاذا فعل ما يدل على الابطال قام مقام التصريح
به اصله البيع المشروط فيه الخيار اذا فعل المشتري ما يدل على ابطال خياره والقاعدة في ذلك
ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره سقط حق المالك عن الغير فان الموصي اذا فعله كان
رجوعا لان تعلق حق المالك بملكه يمنع من تعلق حق الموصى له بالوصية فاذا كان ذلك الفعل يسقط
حق المالك فلان يكون مبطلا للوصية اولى واما ما لا يسقط حق المالك عن العين فهو على ضروب فكل
موضع اتصلت العين بزيادة يمنع تسليم العين بدونها فقد تعذر تسليم العين الموصى بها ففعل
الموصي مبطل الوصية وكل تصرف يوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كمن اوصى بعين ثم باعها
ثم اشتراها لان البيع اوجب زوال الملك ويستحيل ان يبقى الوصية مع ذلك واذا اوصى بشاة ثم
ذبحها بطلت الوصية لانه تصرف في العين الموصى بها يستدل به على الرجوع لان الملك في الوصية
يقع بالموت والشاة المذكاة لا تبقى الى ذلك الوقت فيدل على الرجوع قال ويجعل
جحوده رجوعا وخالفه ويختار للفتوى قال ابو يوسف رحمه الله اذا جحد الوصية كان رجوعا
فالاولى ان يكون نفيا في الحالين رجوعا وعلى هذا قالوا ان الموكل اذا جحد الوكالة كان جحوده نفيا في الحال
قال محمد وهو المختار للفتوى لا يكون رجوعا لان الرجوع اثبات الوصية في الماضي وابطالها في الحال والجحود
نفي لاصل العقد فلا يجامعه الرجوع اذ الرجوع يستلزم الاثبات وعلى هذا قالوا ان جحود النكاح لا
يكون طلاقا واقتصاره على الفتوى من الزوائد قال واذا اوصى الى آخر فقبل في وجهه ورد في
غير وجهه فليس برد وان رده في وجهه صح ه اعلم ان الموصي متبرع بالتصرف والتبرع لا يلزم المتبرع

الا رضاه فاذا قبل او فعل ما يدل على القبول كان ذلك التزاما منه لكن له الرجوع بالرد في وجهه على ما نقرر
ومعنى قولنا فعل ما يدل على القبول انه اذا مات الموصي قبل قبول الوصي ثم تصرف الوصي فتصرفه قائم مقام
قبوله لانها قد ثبتت من جهة الموصي ووقفت على حق الوصي فكان تصرفه كقبوله كالبيع المشروط فيه الخيار
ثم ههنا القبول يصح حال حياة الموصي بخلاف قبول الموصى له فيما مر والفرق ان تصرف الوصي واقع لمنفعة
الموصي فلو توقف القبول والرد على الموت لم يؤمن ان يموت الموصي عن غير مستند وصيته الى احد وفي
ذلك اضرار به واما الموصى له فالاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له لا لمنفعة الموصي فلم يفتقر الى تقديم
القبول على الموت اذا ثبت هذا قلنا اذا قبل حالة الحياة ثم رد في غير حضرته لم يصح الرد لان قبوله سكن
الموصي اليه فلو جاز له ان يخرج بغير حضرته كان ذلك غرورا به لانه يعتمد بموت ولا وصي له فلم كما لا يجوز للوكيل
ان يعزل نفسه بغير حضرة الموكل بخلاف ما اذا وكله بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير
وجهه لعدم الضرر هناك لان الموكل حي قادر على التصرف بنفسه واذا رده في وجهه صح الرد وبطلت
الوصية لانه متبرع فهو كسائر المتبرع ان شاء اقام على التبرع وان شاء رجع وليس للموصي ولاية الزامه التصرف
فلا غرور دونه لامكان ان يستند وصيته الى غيره حينئذ ولان الانسان قد يقبل الوصية بناء على ظنه
انه يقدر على القيام بها ثم يعلم انه يعجز عن ذلك فلو لم يجز له الرجوع لتضرر هو والورثة وانه لا
يجوز قال وان سكت حتى مات فحيز الوصي ه المسئلة من الزوائد وهي ان الوصي اذا لم يقبل في
وجه الموصي ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الزامه
التصرف فكان باقيا على حاله فلو باع شيئا من تركته فقد لزمته الوصية لان تصرفه دلالة التزامه وقبوله
وانه معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بها بخلاف الوكيل
اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ والفرق ان الوصاية خلافة لانها مخصوصة بحال انقطاع
ولاية الموصي بموته فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لم يتوقف على العلم كالوراثة واما التوكيل
فانابة لثبوتها حال قيام ولاية الموكل فلم يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء قال فان
رد ثم قبل اعتبرنا قبوله ان لم يخرجه القاضي لا رده مطلقا اي اذا رد الوصية في غيبته او بعد موته
ثم قال اقبل قال اصحابنا يعتبر قبوله ما لم يخرجه القاضي عن الوصية بالرد وقال زفر يعتبر رده مطلقا سواء
اخرجه القاضي او لم يخرجه لانه برده ابطل الايصا فصار كما لو رده في وجهه ولنا ان الايصا
لا يبطل برده الا في وجه الموصي دفعا للضرر عنه كما مر فاذا لم يبطل صح قبوله من بعد الا اذا حكم
القاضي ببطلان الوصية برده لانه قضاء مجتهد فيه وللقاضي ولاية دفع الضرر فربما يعجز عن
ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه
فيندفع الضرر من الجانبين فاذا قبل بعد اخراج القاضي ونفاذ حكمه بالاخراج لم يصح لانه قبول

او بالثلث فقال لا اقبله ثم قبل بعد
بعد بطلان الوصيه بابطال الشرع فلم يسمع قال
موته يجزاه ۞ رجل اوصى لاخر بثلث ماله فقال في حياته لا اقبل ثم قبل بعد موته صح قبوله
عندنا وقال زفر لا يصح قبوله بعد رده لان الوصيه بطلت بالرد كالو اقر بمال لاخر فكذبه المقر له
ثم صدقه لم يصح تصديقه لبطلان الاقرار بتكذيب من ثبت له الحق بهذا الاقرار فكذا ابطل الوصيه
برد من ثبت له الحق بهذه الوصيه واذا بطلت التحقت بالعدم فلم يجز القبول من بعد ولنا ان الوصيه
تمليك مضاف الى ما بعد الموت واستحقاق فيعتبر القبول والرد حينئذ فاما قبل الموت فحري
وجود القبول والرد يجري عدمهما فلم يعتبر الرد السابق على القبول الصادر بعد موته قال
ويضم القاضي الى العاجز من يعينه ۞ رعايه لحق الموصي ولحق الورثه لانه اذا ضم اخر اليه فقد
كمل النظر به لصيانته وبعض كفايته فتم بانضمام الاخر اليه قال ـــ فان شكى اليه ذلك لا يجيبه حتى
يعرفه فان ظهر عجزه اصلا استبدل به وان شكى منه الورثه لا يعزله حتى يظهر له خيانته
هذه الجمله زوائد فالمسئله الاولى اذا شكى الوصي الى القاضي عجزه عن القيام بالوصيه لا يجيبه
الى الشكايه ولا يضم اليه اخر حتى يتحقق عجزه فقد يكذب الشاكي تخفيفا على نفسه والثانيه
اذا ظهر للقاضي عجز الوصي عن القيام بالوصيه استبدل به غيره رعايه النظر من الجانبين
ومعنى قولنا اصلا انه اذا كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه
لو اختار غيره فهو دونه كيف ما كان لان هذا هو مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولانه
تقدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على الاجنبي الثالث اذا شكى منه الورثه
او بعضهم لم يعزله حتى يبدو له منه خيانه لانه استفاد هذه الولايه من الميت فاذا ظهرت
خيانته فالميت لم يستخلفه الا لامانته فاذا فاتت ولا قدره لمن استخلفه على اخراجه ينوب القاضي
منابه في الانصاب الى من كانه لم يكن له وصي قال ـــ وان اوصى الى عبد او كافر
او فاسق اخرجه ونصب غيره ۞ هذا اللفظ يشير الى صحه الوصيه اليهم لان الاخراج
انما يكون بعد الوصيه وفي الاصل ان الوصيه باطله قيل معناه ستبطل في جميع هذه الصوره
وقيل في العبد معناه باطله حقيقه لعدم ولايته واستبداده وفي الكافر والفاسق معناه
ستبطل وقيل في الكافر باطله حقيقه لعدم ولايه الكافر على المسلم ووجه صحه الوصيه والاخراج
ان اصل النظر ثابت باعتبار قدره العبد وولايه الفاسق على اصلنا وولايه الكافر في الجمله
الا ان النظر من هؤلاء لا يتم اما العبد فللتوقف ولانه على اجازه المولى من الحجر عليه واما الكافر
فبالمعاداه الدينيه لمنعه من النظر في حق المسلم واما الفاسق فلموضع التهمه بسبب فسقه بالقاضي
يخرجهم الماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق ممن يخاف منه على المال وهذا عذر ظاهر
في اخراجه والاستبدال به قال ـــ او الى عبد نفسه وفي الورثه كبار لم يصح وان كانوا صغارا

فهي صحيحه ۞ هاتان مسئلتان الاولى اذا اوصى الى عبد نفسه وفي الورثه كبار لم تصح الوصيه
لان للكبير منعه عن التصرف وله بيع نصيبه فيمنعه المشتري عن التصرف فيعجز عن الوفاء فتخلو الوصيه
عن فائدتها الثانيه اذا كان الورثه صغارا كلهم قال ابو حنيفه رضي الله عنه الوصيه
اليه صحيحه وقالا لا تصح وقيل قول محمد مع ابي حنيفه في روايه ومع ابي يوسف في اخرى لهما وهو القياس
ان الولايه منعدمه لما ان الرق ينافيها ولان في القول بصحه الوصيه اثبات ولايه العبد على المولى وفيه قلب
المشروع ولان ولايه الاب غير متجزئه وهذه تتجزئه لانه لا يملك بيع رقبته نفسه وهذا نقض الموضوع
وله انه اهل للوصيه باعتبار استبداده بالتصرف وانه مخاطب ولا ولايه لاحد عليه لان الصغار وان
كانوا هم الملاك الا انه ليس لهم ولايه المنع من التصرف فلا منافاه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه
دليل النظر لهم لمعرفته بوضع امانته وحسن نظره فكان كالمكاتب والوصايه قد تتجزئ فذكر
ذلك عن ابي حنيفه او لان في اعتبار عدم التجزي ابطال اصل الوصيه تصحيح الوصف وفي القول
بالتجزي تصحيح لاصل الوصيه بتغيير وصفها وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من العكس قال
او الى اثنين لم يجز انفراد احدهما بالتصرف مطلقا ومعناه الا في شراء الكفن وتجهيزه وطعام الصغير
وكسوته ورد وديعه بعينها وقضاء دين وخصومه وقبول هبه وتنفيذ وصيه بعينها ۞ قال
ابو حنيفه ومحمد رحمهما الله اذا اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف دون صاحبه
الا في الاشياء المستثناه في الكتاب وقال ابو يوسف يجوز لكل منهما التصرف في جميع الاشياء
لان تصرف الوصي صادر عن ولايه غير متجزئه ثبت لكل منهما كملا كولايه الانكاح للاخوين
وهذا لان الوصايه خلافه والخليفه تتصرف على الوجه الذي ثبت لمن استخلفه وهو ثابت للموصي على الكمال
فتثبت لخليفته كذلك ولهما ان الولايه ثابته بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
لان ذلك شرط مفيد فان رضا الموصي يتعلق بهما وليس راي احدهما كاجتماع رايهما بخلاف الاخوين
في الانكاح لان سبب الولايه هو القرابه والقرابه قائمه لكل منهما على الكمال بخلاف الاشياء
المعدوده لانها من باب الضروره لا من باب الولايه والضرورات مستثناه اما شراء الكفن والتجهيز
فلان في التاخير فساد حال الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك واما طعام الصغار
وكسوتهم فلخشيه هلاكهم بالتاخير جوعا وعريا واما رد وديعه بعينها ومغصوب ومشترى
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون اذ الظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع
في يده فكان ذلك من باب الاعانه ولانه لا يحتاج في ذلك الى الراي واما الخصومه في
حقوق الميت فلان الاجتماع في الخصومه متعذر ولهذا اذا وكل اثنين بالخصومه ينفرد
بها احدهما واما قبول الهبه فلان في التاخير خيفه الفوات ولان الام تملك قبوله وكذلك

الذي هو في حجره ولم يتوقف على الولاية وكذلك قبول ما يخشى عليه التلف وكذلك قبول
الاموال الضايعة واما تنفيذ وصيته بعينها فلعدم توقف ذلك على الراي قال ــــ او الى كل منهما
على انفراده ينفرد كالوكيلين وقيل على الخلاف ه اذا اوصى الى كل واحد من الوصيين على
الانفراد فقيل ينفرد كل منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين يعني اذا وكل واحدا على انفراده وهذا لانه لما افرد
كلا منهما بالوصية فقد رضي برايه وحده وقيل الخلاف في هذه المسالة وفي التي قبلها واحد لان
وجوب الوصية عند الموت فيصيران وصيين عند الموت دفعة واحدة بخلاف الوكيلين لان الوكالتين
تثبت الاخرى والمسالة من الزوايد قال ــــ واذا اوصى الوصي الى اخر يجعله وصيا في التركتين ه لعدا هام
رجل اوصى الى اخر ثم مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي
لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا للوصية بالوكالة في حالة الحياة بجامع انه انما رضي براي
الوصي لا براي غيره ولنا ان تصرفه تولي بولاية المنتقلة اليه من الموصي فيملك الايصا الى غيره كالجد
يملك الايصا الى غيره في النفس لان الولاية الثابتة تنتقل الى الوصي في المال كما تنتقل الى الجد في
النفس ثم الجد يقوم مقام الاب فيما انتقل اليه فلذلك الوصي لان الوصاية امانة للوصي مقام نفسه
فيما له الولاية عليه وعند الموت كانت له ولاية على التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولان
الموصي لما علم ان المنية تدركه قبل تمام ما في نفسه من المقاصد فاستعان عليها بغيره فقد
رضي بايصا الوصي الى غيره دلالة بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه تحصيل مقصوده بنفسه
فقد لا يرضى بتوكيل غيره والايصا اليه قال ــــ او في تركة نفسه فهو وصي فيهما وخصاه
به ه الوصي اذا اوصى الى اخر في تركة نفسه قال ابو حنيفة رضي الله عنه صار وصيا في التركتين
جميعا وقالا هو وصي في تركة الوصي دون الموصي الاول لانه نص على ذلك بعينه تخصيصه وله
ان الوصي في نوع وصي في الانواع والولاية على التركة الاولى نوع مما تولاه الوصي منزلة وصيته
ولانه اثبت له الولاية في تركة نفسه وتركة الموصي تركته ايضا وقد اقامه مقام نفسه في جميع ما
ترك وهذه مما ترك قال ــــ ولو اوصى الى زيد في الاعيان والى عمرو في الديون خص كلا بما خصه
وقالا هما وصيان فيهما ه له ان الموصي خص كلا بما خصه وقالا هما وصيان فيهما ه له
ان الموصي خص كلا منهما بنوع من الولاية فيجب تنفيذها على نحو ما نص عليه ولهما ان الدين صيره
عينا بواسطة القبض والعين دينا بواسطة الاستهلاك فكانا وصيين في كل الاموال بالضرورة وروي
عن ابي يوسف كقول محمد والاصح انه مع ابي حنيفة ولهذا اورد المسالة في المنظومة في باب محمد
على خلافهما قال ــــ ويجوز ان يحتال بمال اليتيم ان كان خيرا له ه اذا احتال الوصي بمال اليتيم
يجوز ان كان ذلك خيرا له بان يكون المحال عليه املى ممن عليه المال لان الولاية نظرية وهذا من باب

النظر فيجوز وان لم يكن خيرا له لم يجز لانه تضييع ماله على وجه والمسالة من الزوايد قال ــــ
وبيعه منه او شراؤه لنفسه وفيه نفع للصبي جايز ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اشترى
الوصي شيئا من مال الصبي لنفسه او باعه شيئا من ماله وفي ذلك نفع ظاهر للصبي وهو ان يشتري بقيمته
ضعف قيمته وعن وصيه بثمنها ونصف ثمنها وقال ابو يوسف ولا وهو قول محمد ذلك وروي عن ابي
يوسف رجوعه الى قول ابي حنيفة لهما ان الاصل ان لا يتولى الواحد طرفي العقد وخص الاب
عن ذلك لاختصاصه بكمال الراي ووفور الشفقة واعتبارا بوكيل الاب فان الوصي مامور
كالوكيل ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الوصي قايم مقام الاب لانه خليفته على ولده الا ان الاب لما
اختص بكمال الشفقة التي تمنعه من ايثار نفسه على ولده اطلق له التصرف في ماله اذا لم يكن تصرفه
الاضرار به اما الوصي فانه مع قيامه مقامه تفارقه في كمال الشفقة فاطلق له التصرف بشرط ظهور
النفع للصبي كما شاء قال ــــ واجزنا للاب شراء مال ولده من نفسه بمثل القيمة ه اذا
اشترى الاب مال ولده الصغير لنفسه من نفسه بمثل القيمة او بغبن يسير على الاب يجوز عندنا
وقال محمد لا يجوز لان الاصل ان لا يتولى الواحد طرفي العقد فما يرجع الحقوق فيه الى العاقد لوضع
التضاد والتمانع الا انا نجوز ذلك فيما اشتراه الاب من ماله لنفسه بغبن فاحش على الاب لظهور
النفع في ذلك التصرف للصبي نظرا له بجوزنا فما عدا ذلك على قضية الدليل قال ــــ ولا يقرض
الوصي ماله ويجوز للاب وليس لهما اقراضه ويجوز للقاضي ه هذه زوايد فلا يجوز للوصي
ان يقرض مال اليتيم ويجوز ذلك للاب لان الاب يملك شراء مال الولد من نفسه بمثل القيمة وليس
للوصي ذلك وكذلك يجوز للاب ان ياخذ من مال ولده عندنا حاجته بقدر حاجته ولا يجوز ذلك
للوصي وليس للوصي ولا للاب اقراضه ويجوز ذلك للقاضي لان القرض تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء فيحمل معاوضة في حق القاضي لقدرته على الاستيفاء بالحبس وغيره ويحمل في حق
غير القاضي تبرعا فلا يجوزه ظاهرا نظرا واحتياطا لمال الصغير قال ــــ ولا يجوز بيعه
وشراؤه بغبن فاحش ه لا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس فيه لان ولايته نظرية
ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لعدم امكان التحرز عنه قال ــــ ويضارب
في ماله ويدفعه مضاربة ويأكل منه عند الحاجة ه هذه الجملة من الزوايد اما المضاربة
بنفسه ودفعه ماله مضاربة فلانه قايم مقام الاب ولمن قام مقامه هذه التصرفات ولذا الخليفة
فان كان هو العامل اشهد على ذلك لان له ان يتجر في مال الصغير لقوله عليه السلام ابتغوا في اموال
اليتامى خيرا فاذا اراد ان يستحق طايفة من المال لنفسه بواسطة المضاربة احتاج الى الاشهاد
لنفي التهمة عنه وعن محمد رحمه الله انه اذا لم يشهد يحمله المال لان الظاهر كون المال له فلا يترك

ذلك الا بدليل وهو الاشهاد واما الاكل عند الحاجة من ماله وركوب دابته اذا ذهب
في ما يتعلق بحاجته فلقوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وروي عن ابي يوسف
رحمه الله اذا طمع السلطان في مال اليتيم فصالحه الوصي من المال على اقل ما طمع فيه فلا
ضمان لان ذلك حفظ للمال بعينه قال ـــ واذا كان في الورثة صغار وكبار غيب وحضور
فللوصي بيع عقارهم وعروضهم وقالا ان كانوا حضورا لم يبع نصيب الكبار وان غيبا باع عروضهم
لا غير ه رجل مات وترك اولادا صغارا وكبارا حضورا وغيبا يملك الوصي بيعهم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه بيع ما شاء من التركة عقارا كان او عروضا وقال ابو يوسف
ومحمد لا يملك بيع حصة الكبار الحضور مطلقا ومن كان منهم غائبا يملك بيع عروضه فقط دون
عقاره لان الكبار مستغنون عن الوصي لقدرتهم على التصرفات بخلاف ولاية الوصي بحصة
الصغار لموضع حاجتهم والاب لم يكن له بيع اموال الكبار الحضور من عقار او عروض ولا بيع
عقار الغائبين منهم وانما كان له بيع عروضهم اذا كانوا غيبا للحاجة الى الحفظ وكون
حفظ الثمن ايسر والوصي خليفته فلا يتعدى تصرفه وله ان الوصي يملك بيع حصة
الصغار وفي بيع حصتهم شايعا ضرر بهم لان الظاهر ان بعض العقار شايعا لا يشترى
بما يشترى به العقار كله ولا ضرر على الكبار في بيع حصتهم لان الثمن حينئذ يكون اكثر
مما لو بيعت حصة الصغار وحدها فثبت له بيع الكل نظرا لهم ودفعا للضرر عن الصغار
وغيرهم قال ـــ وله بيع كل التركة لدين او وصية تنفذ ولا تنفذ منها والورثة كبار حضور
وقالا بقدرها ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا كان على الميت دين وكان قد اوصى بوصية
هي دراهم او دنانير وليس في التركة دراهم ولا دنانير والورثة كبار حضور وهذان القدران
زائدان كان للوصي ان يبيع جميع التركة لهذه الحاجة وقالا لا يملك ان يبيع منها الا مقدار
الدين والوصية لان ولاية البيع لاجل ذلك الدين وتلك الوصية فتتقدر الولاية بقدرها وله
ان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين وحق الموصى له الا ترى انه اذا هلك شيء من التركة
يجب قضاء الدين وتنفيذ الوصية مما بقي وفي بيع الكل نظر في حق الميت والورثة على ما قررناه
في المسئلة السابقة فكان له بيع الجميع قال ـــ وشهادة الوصيين لوارث كبير في مال
الميت مردودة وفي غيره مقبولة وقالا مطلقا ه اذا شهد الوصيان لوارث كبير في
مال الميت لم تجز شهادتهما وان كانت الشهادة له في غير مال الميت جازت وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا اذا شهدا لوارث كبير جازت شهادتهما مطلقا في الوجهين
لانهما لا يثبتان لانفسهما بهذه الشهادة ولاية التصرف في التركة لان الورثة كبار فكانت

شهادتهما عارية عن التهمة فتقبل بخلاف ما لو اشهدا لوارث صغير بشيء من مال الميت حيث
لا تقبل شهادتهما لتضمنها اثبات ولاية التصرف لهما في المشهود وله انه يثبت لهما ولاية
الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث الكبير فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في
غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لانه خليفة الميت في تركته لا في تركة غيره قال
ولو شهد اثنان لاثنين بالف على ميت وشهد هذان لهما بمثل ذلك تردها في الوصية
اذا شهد شاهدان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت
شهادتهما وان كانت شهادتهما لهما وبالعكس بوصية الف درهم لم تجز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا تقبل شهادتهما في الدين كما لا تقبل في الوصية والاعتبار بالوصية من الزوائد
وروى الخصاف ان قول ابي حنيفة كقول ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه قولهما
ان الدين يجب في الذمة والذمة تقبل حقوقا شتى فلم يقع الشركة ولهذا لو تبرع متبرع بقضاء
دين احدهما لم يكن للاخر مشاركته ووجه ردها ان الدين بالموت تعلق بالتركة لان الذمة قد
خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الاخر فكانت الشهادة مثبتة حق
الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياته لانه مديون لبقاء ذمته وعدم تعلق الدين بالمال فلا شركة
فلا تهمة قال ـــ ويصدق في قوله اديت خراجه وجعل عبده الابق بغير بينة ولا وجه لها
قال ابو يوسف اذا قال الوصي اديت خراج الارض للصواب واديت جعل عبده الابق فانه يصدق
من غير اقامة البينة لانه امين صار كما لو قال انفقت عليه وعلى عبيده وقال محمد لا يصدق
الا ببينة لان هذا ليس من الحوائج الاصلية فيصدق فيها قال ـــ واذا قضى مريض
دين بعض غرمائه ثم مات شاركه الباقون معه ه اذا قضى المريض دين بعض غرمائه دون بعض
ثم مات لا يكون القابض احق بما قبضه من سائر الغرماء بل يشاركونه فيه على قدر حصصهم
وقال الشافعي رحمه الله هو احق بما قبض لانه قضى دينا عليه بماله فصح قضاؤه فملكه القابض فانقطع
حق غيره كما لو قضاه في الصحة ولنا ان حقوق الغرماء تعلقت بماله من اول مرضه حتى لم يجز ان
يتبرع بشيء من ماله فاذا خص احدهم بشيء منه وقد تعلقت به حقوقهم كان لهم ان يشاركوه
كاحد الشريكين اذا قبض من الدين يشاركه الباقون قال ـــ وللورثة ابطال ما
اجازوه من تبرعاته ه اذا اجازت الورثة في حياة مورثهم ما اوصى به مما يتوقف نفاذه على اجازتهم
ثم مات فلهم ان يرجعوا عن ذلك بعد موته وان يبطلوه وقال مالك رحمه الله ليس لهم ذلك لانها
كانت متوقفة على اجازتهم وحصلت الاجازة منهم فنفذت فلم يملكوا ابطالها بعد نفاذها ولنا
ان الوصية استخلاف وتمليك مضاف الى ما بعد الموت فاعتبرت الاجازة وعدمها بعد الموت

فاعتبرت الاجازة وعندهما بعدا الموت فلا اعتبار لما وجد منهم سابقا على الموت فالتحق بعدمه
قال وجعلوا حكم الحامل عند الطلق كمرض الموت لا من بعد ستة اشهر حكم
الحامل في غير حالة الطلق حكم الاصحاء وحكمها حالة الطلق حكم المرض مرض الموت
وقال مالك رحمه الله حكم الحامل بعد مضي ستة اشهر تتوقع ولادتها ساعة فساعة وقد
يموت المراة بسبب الولادة لا سيما حالة الطلق فكانت موطنة نفسها على الهلاك فتبادر الى
المرضى فكان حكمها حكمهم ولنا انها في غير حالة الطلق صحيحة حقيقة وحكما بخلاف
حالة الطلق لغلبة خوف الهلاك حينئذ فتلحق بالمرضى فيه

فصل في الايصاء بالثلث وغيره

قال اوصى لزيد بسيف قيمته مائة ولبكر بسدس ماله وله خمسمائة يأخذ
بكر سدسها وزيد خمسة اسداس السيف وسدس السيف بينهما وقالا لبكر سبع السيف
ولزيد الباقي رجل له خمسمائة درهم وله سيف قيمته مائة درهم فاوصى لزيد بالسيف
ولبكر بسدس ماله وسلم اليهما السيف كله وسدس الخمسمائة درهم قال ابو حنيفة رضي
الله عنه يقسم السيف بينه وبين زيد على اثني عشر سهما بطريق المنازعة احد عشر سهما لزيد
وسهم واحد لبكر لان بكرا لا ينازع زيدا في خمسة اسداس السيف فسلم له وانما ينازعه في سدسه
لا غير وسدس النقد سالم له بالاتفاق ثم ان زيدا يدعي السيف كله فاستويا في المنازعة في سدسه
فانقسم بينهما نصفين والمراد بنصف سدس السيف الذي هو سهم على اثني عشر سهما ستة في اثنين
كان اثني عشر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم السيف بينهما على سبعة اسهم بطريق
العول والمضاربة فيضرب زيد في السيف بستة اسهم وبكر بسهم فيكون سبعة لبكر وستة
اسباعه لزيد قال فان اوصى لخالد معهما بثلث ماله ولا اجازة فالسيف مقسوم
بينهما ثلثه وستين سهما لزيد سبعة وعشرون ولبكر سهمان ولخالد خمسة وللورثة سبعة وعشرون
والنقد ثلثمائة وخمسة عشر لبكر ثلثون ولخالد ستون وللورثة مائتان وخمسة وعشرون
وقالا يقسم السيف باثني عشر لبكر سهم ولخالد سهمان وللورثة ثلثة والنقد بستين لبكر خمسة
ولخالد عشرة وللورثة خمسة واربعون رجل له خمسمائة درهم وسيف قيمته مائة فاوصى لزيد بالسيف
ولبكر بسدس ماله ولخالد بثلث ماله فالطريق في تخريج هذه المسئلة وامثالها ان تخرج على تقدير
اجازة الورثة اولا ليظهر سهام الوصايا ثم تجعل سهام الوصايا بالثلث المال فيسهل التخريج فنقول
اذا اجازوا دفعوا الى الموصى لهم السيف كله وثلث النقد وسدسه ثم يقسم الموصى لهم السيف
عند ابي حنيفة رضي الله عنه بطريق المنازعة ووجه ذلك ان زيدا يدعي كل السيف

فضربنا ستة في اثنين كان اثني عشر سلم لزيد ثمانية وهي اربعة اسداسه ووقع النزاع بينه وبين خالد في سهمين
فحصل لزيد سهم فحصل له تسعة وحصل لخالد سهم واستوت منازعة الثلثة في السهمين الباقيين والاستيفاء عليهم صح

سدسه وخالدا ثلثه فنجعل السيف ستة اسهم لمكان السدس فبكر وخالد سلما لزيد اربعة
اسداس السيف وبكر سلم سدسا يدعيه خالد وزيد لادعاء خالد الثلث وزيد الكل فانقسم
بينهما فضربنا ثلثة في اثني عشر كان ستة وثلثين سلم لزيد ثلثيها اربعة وعشرين وسلم
له من السدس الذي نازعه فيه خالد ثلثه ومن السدس الذي نازعه فيه بكر وخالد سهمان
فحصل له تسعة وعشرون وسلم لخالد السدس الذي نازعه فيه زيد لا غير وهو ستة ثلثه و
السدس الذي نازعه فيه زيد وبكر سهمان فحصل له خمسة وحصل لبكر من السدس الذي يدعيه
هو وينازعه فيه زيد وخالد سهمان واذا صار السيف وهو سدس المال ستة وثلثين صار
كل سدس كذلك فصار النقد وهو خمسة اسداس المال مائة وثمانين لبكر ثلثون ولخالد ستون
وللورثة تسعون فصار سهام الوصايا مائة وستة وعشرين والسيف ضعف السدس لانه سدس
المال فيكون ثلثة وستين وهذه هي القسمة المذكورة في المتن لا انها مبنية على عدم
الاجازة والتنصيص عليه من الزوائد فللزيد تسعة وعشرون ولبكر سهمان ولخالد خمسة
وللورثة سبعة وعشرون واذا صار السيف ثلثة وستين وهو السدس صار كل سدس
كذلك فصار النقد وهو خمسة اسداس المال ثلثمائة وخمسة عشر لبكر ثلثون ولخالد ستون
وبقي للورثة من النقد مائتان وخمسة وعشرون وحصل لهم من السيف سبعة وعشرون
فالمجموع مائتان وبكر وخالد اخذا من سهام النقد تسعين وهما وزيد اخذوا من السيف ستة
وثلثين والمجموع مائة وستة وعشرون فما حصل للورثة ضعف ما حصل لهم فاستقام الثلث
والثلثان هذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله السيف
على تسعة اسهم عولا ومضاربة بتقدير الاجازة السدس سهم والثلث سهمان والكل
ستة فالمجموع تسعة واذا جعلنا السيف ستة لان زيدا وهو يدعي كله يضرب فيه بستة
صار كل سدس ستة لبكر منها خمسة ولخالد عشرة وللورثة خمسة عشر فاذا اجيزوا
جعلنا سهام الوصايا وهي اربعة وعشرون ثلث المال لان السيف وان كان ستة
الا انه بالعول صار تسعة واذا ضم تسعة الى خمسة عشر كان الحاصل اربعة وعشرون
واذا صار الثلث اربعة وعشرين صار السيف الذي هو نصف الثلث اثني عشر لزيد ستة
ولبكر سهم ولخالد سهمان وبقي للورثة من السيف ثلثة اسهم واذا صار السيف وهو السدس
اثني عشر صار كل سدس اثني عشر فصار النقد وهو خمسة اسداس المال ستين سهما لزيد من
السيف ستة ولبكر من السيف سهم ومن النقد خمسة اسهم ولخالد من السيف
سهمان ومن النقد عشرة وكل ذلك اربعة وعشرون وللورثة من السيف ثلثة ومن النقد

وخمسون وسهمان صح

فصار النقد ثلثين سهما صح

لزيد ستة صح

خمسه واربعون ومجموعها ثمانيه وثمانون ضعف ما صرف الى الموصى لهم فاستقام الثلث
والثلثان وهذه الطريقه اسهل واسرع في خاطر المحصلين وقوعا فلذلك اخترناها وطريقه
المتقدمين مذكوره في الشروح قال او لزيد بكل ماله وان باع عبده من بكر بالف
وقيمته الف ولا مال غيره فهو مقسوم باثني عشر لزيد سهم والباقي يباع من بكر باحد عشر سهما من
الف بثلثه اسهم منها لزيد ويامر ببيع كله من بكر ويدفع ثلث الثمن الى زيد وامر لزيد بسدسه
ويبيع خمسه الاسداس من بكر بخمسه اسداس الالف لزيد منها سهم وياخذ الورثه الباقي على الاقوال
هذه المسئله تلقب بمسئله العروس لان محمدا رحمه الله جلاها بحسن التخريج كما يجلى العروس
وصورتها رجل اوصى بكل ماله لزيد وان يباع عبده بالف درهم من بكر وقيمته الف
ولا مال له غير العبد ولم يجز الورثه قال ابو حنيفه رضي الله عنه يدفع الى الموصى له بالمال
من عين العبد سهم من اثني عشر ويباع الباقي من الموصى له بالبيع عليه باحد عشر سهما من اثني عشر من
الف ويدفع من الثمن ثلثه اسهم الى الموصى له بالمال وثمانيه اسهم الى الورثه وقال ابو يوسف
يباع كل العبد من الموصى له بالبيع بالف ويدفع ثلث ذلك الالف الى الموصى له بالمال وثلثا ذلك
الورثه وقال محمد يدفع سدس العبد الى الموصى له بالمال ويباع خمسه اسداسه بخمسه اسداس
الالف من الموصى له بالبيع ويدفع من ذلك الثمن سدس الالف الى الموصى له بالمال واربعه اسداس
الالف الى الورثه والوجه في التخريج ان وصيه الموصى له بالمال عادت الى الوصيه بالثلث
عند ابي حنيفه رضي الله عنه لان الشارع رد الزائد على الثلث بتقدير عدم اجازه الورثه فضرب
الموصى له بالمال في الثلث بالثلث والموصى له بالبيع بجميع المال في الثلث فانقسم الثلث بينهما على
اربعه واذا صار الثلث اربعه اسهم كان الكل اثني عشر سهما باع الموصى له بالبيع نصيب الورثه
وهو ثمانيه اسهم وهي الثلثان بثلثي الالف لانه لا حق للورثه في صوره المال ويسلم للورثه
ثلثا الالف ويسلم للموصى له بالمال ربع الالف من الثمن ويسلم له نصف السدس من عين العبد
فكان الثابت له ثلث المال وللورثه الثلثين ومحمد رحمه الله يقول يضرب الموصى له بالمال بجميع
رقبه العبد في الثلث والموصى له بالبيع ايضا يضرب بالكل في الثلث فانقسم الثلث بينهما نصفين
واذا صار الثلث سهمين صار المال سته فللموصى له بالمال سدس العبد ويباع خمسه اسداسه
بخمسه اسداس الالف ويدفع واحد من الثمن الى الموصى له بالمال ليتم له الثلث ويبقى للورثه اربعه اسهم
وابو يوسف يقول الموصى له استخلفه الموصي في المال كما ان الشرع استخلف الورثه في المال
فلما لم يجز الورثه صار هو خليفه الميت في الثلث باستخلافه والورثه في الثلثين باستخلاف
الشرع فلما لم يمنع تعلق حق الورثه بتنفيذ الوصيه بالبيع في حصتهم من المال وهو الثلثان لم

لم يمنع تعلق حق الموصى له في الثلث منه ايضا قال او بثلث وثلث ولا اجازه فنصفان
نصفين اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم يجز الورثه فالثلث بينهما نصفان
لان الوصيه عادت الى الثلث لان الزياده بطلت لعدم الاجازه والثلث ضيق عن الحقين جميعا وهما
مستويان في سبب الاستحقاق فيستويا في الاستحقاق والمحل قابل للشركه فكان بينهما
قال او بثلث وسدس فاثلاثا ش اذا اوصى لاحدهما بالثلث ولاخر بالسدس ولا اجازه
يقسم الثلث بينهما اثلاثا لان كلا منهما ادلى بسبب صحيح والثلث يضيق عنهما فيقتسمانه على قدر حقيهما
كما في اصحاب الديون فياخذ صاحب الاقل سهما وصاحب الاكثر سهمين قال او بكل
وثلث فالكل مقسوم اسداسا مع الاجازه والثلث مع عدمها نصفين وقالا ارباعا فيهما او بنصف
وثلث ولا اجازه فالثلث نصفان وقالا اخماسا والامام لا يضرب للموصى له بما زاد على الثلث الا في
المحاباه والسعايه والدراهم المرسله ش هاتان مسئلتان الاولى اذا اوصى لرجل بكل ماله
ولاخر بثلثه والثانيه اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلثه فعند ابي حنيفه رضي
الله عنه يقسم الثلث بينهما عند عدم الاجازه نصفين في المسئلتين وعند الاجازه يقسم المال
في المسئله الاولى اسداسا للموصى له بالثلث السدس وخمسه الاسداس للموصى له بكل المال وقالا
يقسم الثلث في المسئله الاولى عند عدم الاجازه ارباعا وفي المسئله الثانيه اخماسا
فابو حنيفه رضي الله عنه لا يضرب للموصى له بما زاد على الثلث الا في ثلثه اشياء في المحاباه والسعايه
والدراهم المرسله وهما يضربان كل واحد بقدر ما اوصى له كما اذا اجازت الورثه فانه يقسم
الكل على مقدار ما اوصى كذلك ههنا يقسم الثلث عندهما في المسئله الاولى على اربعه
اسهم ثلثه للموصى له بكل المال وسهم لصاحب الثلث لان الموصي قصد تفضيل البعض
في الوصيه فيجب اعتباره بما قصده بقدر الامكان وقد امكن بطريق الضرب كما ذكرنا ولا ضرر
على الورثه في ذلك فصار اليه وله ان الوصيه فيما زاد على الثلث باطله في حق الاستحقاق لعدم
الاجازه لكونها وصيه بما لا يستحقه فيبطل حق الضرب بالزائد في الثلث ضروره عدم استحقاق
ما زاد على الثلث وقصد التفضيل من الموصي ثبت على الاستحقاق والاجازه فلما اضافها الوصيه
الى جميع المال وقد بطل الاستحقاق والاجازه فيبطل التفضيل كالمحاباه الثابته في ضمن
البيع اذا بطل البيع بطلت المحاباه لبطلان الضمن ببطلان المتضمن فلم يمكن اعتبار التفضيل
بعد بطلانه اما الاشيا الثلاثه المستثناه فالوصيه بالالف المرسله وبالمحاباه لم يقع
على حق الورثه قطعا لامكان تنفيذها بان يظهر له مال يخرج ما اوصى به من ثلثه بدون
الاجازه والوصيه بالعتق وصيه بالسعايه وهي كالدراهم المرسله بخلاف ما زاد على

الثلث لان الزائد عليه حق الورثه وان كثرت التركه قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس
السهام ولا يزاد على السدس وقالا مثل احد سهامهم ولا يزاد على الثلث اذا اوصى بسهم من ماله
فله السدس عند ابي حنيفه رضي الله عنه في روايه الجامع الصغير فانه قال فيه اخس سهام
الورثه الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وعلى روايه كتاب الوصايا له
اخس سهام الورثه ما لم يزد على السدس وقالا له اخس سهام الورثه الا ان يزيد على الثلث
فيكون له الثلث لهما ان السهم اسم لما يستحقه الورثه عرفا وشرعا والاقل من السهام متيقن
والزائد عليه مشكوك فيه ولا يزاد على الثلث لان الثلث موضع الوصيه عند الاجازه وله
ما روي ابن مسعود رضي الله عنه ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم في ذلك بالسدس ولان السهم يطلق ويراد به السدس لغه قال اياس السهم في
اللغه السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثه فيعطى الاقل منها احتياطا فلو مات وترك
امراه وابنا فللموصى له الثمن على روايه كتاب الوصايا فيزاد على ثمانيه فيكون له التسع
وعلى روايه الجامع له السدس ولو ترك امراه واخا لابوين فعنده السدس وعندهما
الربع ويصير خمسا ولو ترك ابنين فعنده السدس وعندهما الثلث قال
ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثه اعطوه ما شاوا ه لان الجزء اسم لشي مجهول والوارث قائم مقام الموصي
فيرجع في البيان اليه قال ومن اوصى بثلث دراهمه او غنمه فهلك ثلثاها والثلث
يخرج من ثلث ماله اعطيناه كل الباقي لا ثلثه او ثلث ثيابه المختلفه الجنس فهلك ثلثاها
والباقي يخرج من الثلث له ثلثه او بثلث ثلثه اعبد فمات اثنان فله ثلث الباقي
وقالا له كله ه رجل اوصى لزيد بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها
والثلث يخرج من ثلث ماله فله جميعه وكذلك المكيل والموزون والثياب من جنس واحد وان كانت
مختلفه فله ثلث الباقي وكذلك العبيد والدور وقال زفر له ثلث الباقي في الجميع
وقيد اختلاف الجنس في الثياب من الزوائد لان الكل مشترك بينهما ما هلك فهو هالك منهما
وما بقي بقي عليهما كسائر الاموال المشتركه واعتبارا بالاجناس المختلفه ولنا
ان الوصيه تعلقت بالباقي لانه يجوز ان يستحقه الموصى له بالقسمه لو قاسم الورثه قبل الهلاك لان
ذلك مما يجري فيه القسمه جبرا والقسمه افراز فيه وكلما تعلقت به الوصيه وهو يخرج من
ثلث المال استحقه الموصى له ولا التفات الى الهالك الا ترى انه لو اوصى له بثلث شي معين كدار
او دابه او عبد فاستحق ثلثاه كان له الثلث الباقي ولا كذلك الاجناس المختلفه لعدم
استحقاق الموصى له الباقي بالقسمه فلم يكن الوصيه متعلقه به لعدم جريان القسمه فيها جبرا

ولو وقعت القسمه فيها لوقعت مبادله فلا يكون له الا ثلث ما بقي ضروره المبادله وهذا في الاجناس
المختلفه ظاهر لعدم جريان قسمه الجبر فيها واما الدور المختلفه والرقيق فكذلك عند ابي حنيفه
رضي الله عنه لانها لا تقسم عنده واما على قولهما قالوا ينبغي ان يكون كالثياب والغنم لانها
تقسم عندهما وقيل لا اما الدور فانها تقسم عندهما اذا راى القاضي ذلك مصلحه فكان في معنى
القسمه لضعف ما تقسم بكل حال واما الرقيق فانه وان كان يقسم الا ان التفاوت فيه فاحش
فالحق بالجنسين قال ومن اوصى بامه فولدت بعد موته ثم قبل الوصيه فان خرجا من الثلث والا
فهو ماخوذ من الام والتمام من الولد وقالا منهما جميعا ه رجل اوصى لزيد بجاريته فولدت
ولدا بعد موت الموصي ثم قبل الموصى له الوصيه فان خرجا من الثلث ياخذهما وان لم يخرجا
من الثلث ياخذ الام من الثلث وان بقي شي اخذه من الولد وهذا عند ابي حنيفه رضي الله عنه
وقالا يضرب بهما في الثلث وياخذ الحصه منهما جميعا وعين في الجامع الصغير صوره فقال
رجل له ستمائه درهم وامه تساوي ثلثمائه درهم فاوصى بالجاريه لرجل ثم مات فولدت
ولدا يساوي ثلثمائه درهم قبل القسمه فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا
كل واحد منهما لان حكم الوصيه ثابت في الولد حال كونه متصلا فيكون الولد موصى
به ايضا كالام لانه لم يخرج بالانفصال عن الوصيه فاستويا واعتبارا بالبيع والعتق فينفذ فيهما
على السوا من غير تقديم الام وله ان الام اصل في الوصيه لان الايصا وقع لها والولد
ان كان يسري حكم الوصيه اليه بسبب الاتصال بالام لكنه تبع لامه والتبع لا يزاحم
الاصل فلو نفذنا الوصيه فيهما جميعا ينتقض الوصيه في نفس الاصل وانه غير جائز بخلاف البيع لان
تنفيذ البيع في التابع لا ينقضه في الاصل بل هو باق فيه على التمام والصحه الا انه لم يقابله بعض
الثمن ضروره مقابلته بالولد اذا اتصل القبض ولكن الثمن في البيع تابع حتى ينعقد بدون ذكره وان
كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمه وان ولدت بعد القسمه فهو للموصى له لان الولد نما ملكه
بعد تقرره بالقسمه قال ومن اوصى بالف وله عين ودين فان خرجت من ثلث العين دفعت
اليه والا اخذ ثلث العين وثلث ما يخرج من الدين حتى يستوفي ه رجل اوصى لرجل بالف درهم
وله مال عين ودين فان خرجت هذه الالف الموصى بها من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه
ايفا الورثه حقوقهم وايفا الموصى له حقه من غير بخس لواحد من الفريقين فيتعين واما اذا لم
تخرج الالف من العين يسلم اليه ثلث العين وكلما يخرج شي من الدين اخذ ثلثه الى ان يستوفي
الموصى به لان الموصى له شريك الورثه وفي تخصيص الموصى له بالعين بخس في حق الورثه من حيث
ان العين افضل من الدين ولانه ليس بمال مطلقا فان الدين وصف في الذمه وانما ينقلب مالا عند

القبض وكان النظر من الجانبين في ذلك قال اوبالثلث لزيد وبكر وبكر ميت اخذ زيد كله
او قال هو بينهما نصفين ش هاتان مسئلتان الاولى رجل اوصى لزيد وبكر بثلث ماله فاذا بكر ميت
فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو اهل كما اذا اوصى لزيد وحائط
وعن ابي يوسف اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لانه يعتقد صحة الوصية لبكر فهو موص
لزيد بنصف الثلث اما اذا علم بموته فان الوصية لبكر وهو يعلم بموته لغو فكان راضيا بكل الثلث
لزيد الثانية اذا قال ثلث مالي بين زيد وبكر وبكر ميت كان لزيد نصف الثلث فانه اللفظ
فان قوله بينهما يقتضي قسمة الثلث عليهما نصفين بخلاف المسئلة الاولى وان من قال ثلث مالي
لفلان استحقه ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال اوبالثلث ولامال
له فالسبب استحق الملك عند موته ش لان الوصية استخلاف مضاف الى ما بعد الموت وثبت حكمه
بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا فله
ثلث ما اكتسبه لما قلنا قال اوبه لزيد او بكر فهي باطلة وبامرها بالتسليم صلحا وجبر
الورثة في التعيين ش قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اوصى بثلث ماله لبكر او لزيد ومات قبل
التعيين على احدهما بطلت الوصية لجهالة الموصى له والقضاء للمجهول باطل وقال ابو يوسف
رحمه الله يصطلحان فيأخذانه لان المستحق لا يعدوهما وقال محمد رحمه الله يخير الورثة في تعيين
احدهما لانهم بالموت قائمون مقامه في سائر الامور فيقومون مقامه في تعيين من له الاستحقاق
منهما قال اوبه لزيد وللمساكين قسمه بينه وبين اثنين اثلاثا وما لا نسبة وبين مسكين
نصفين قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله اذا اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه
لفلان ونصفه للمساكين وقال محمد رحمه الله ثلث الثلث لفلان وثلثاه للمساكين جمع
والاثنان في الوصية جمع كالميراث لانها اخت الميراث لهما ان الجمع المحلى بلام التعريف
مفيد للاستغراق فاذا تعذر صرفه الى جميع افراده مصرف الى الواحد حتى يكون مصروفا
الى كله على سبيل البدل كما اذا قال والله لا اتزوج النساء حيث يحنث بتزوج الواحدة
او لا اكلم الرجال اليوم يحنث اذا كلم اليوم رجلا واحدا وفي مسئلتنا تعذر الصرف
الى كل الافراد لجهالة الفلجشة فصرف الى فرد منهم فكأنه اوصى لزيد ولفرد من المساكين
فيكون لزيد نصف الثلث قال او بنصيب ابنه لم يصح او بمثله صح فان كان له ابنان اخذ
اما الاول فلان ذلك ايضا بمال الغير لان نصيب ابنه هو ما يصيب ابنه بعد موت الاب من تركته
والاضافة لا يصح واما الثاني فصح لان مثل الشيء غيره فاذا كان له ابنان فنصيبه مثل
احدهما فيكون له الثلث قال او بواحد نصيب بنيه وللآخر بالثلث ولا اجازة فالثلث لهذا

ثلثي الثلث وللاول ثلثه وان له ثلث اخماسه وللاول خمسيه قوله او بواحد نصيب بنيه يريد
بمثل احد نصيب بنيه وانما اعتمد في فهم ذلك على تقدم المسئلة الموضحة ان الايصا بنصيب ابنه لا يصح
وانه بالمثل صحيح فقام ذكر ذلك قرينة دالة على المراد ههنا في حذف المضاف واقامة المضاف
اليه مقامه قال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى رجل للآخر بمثل نصيب احد بنيه وللآخر بثلث
ماله وله ثلثة من الولد ولم يجز الورثة يعطي الموصى له بالثلث ثلثي الثلث وللآخر ثلث الثلث لان
الورثة لو اجازوا كان يكون للموصى له بالثلث ضعف ما يكون للموصى له بمثل نصيب احد بنيه لانه يدفع
الثلث اولا اليه ثم يجعل كانه خلف اربع بنين فيكون الثلثان بينهم على السوية فيحصل
له السدس وهو نصف ما حصل للموصى له بالثلث ضعف ما يكون للموصى له بمثل نصيب احد بنيه
لانه يدفع الثلث اولا اليه ثم يجعل كانه خلف اربع بنين فيكون الثلثان بينهم على السوية فيحصل
يحصل له السدس وهو نصف ما حصل للموصى له بالثلث فاذا لم يجيزوا انقسم الثلث بينهما لذلك
يعطي الموصى له بالثلث سهمان وللآخر سهم فصح المسئلة من تسعة لان الثلث ثلثة اسهم وللكل
اثن سهام وقال محمد رحمه الله يعطي الموصى لهما الثلث عند عدم الاجازة بينهما اخماسا
ثلثة اخماس للموصى له بالثلث والخمسان للآخر لان الثلث لما كان متعينا لنفيذ الوصيتين في الورثة
الثلثان وهما سهمان من ثلثة اسهم وذلك لا يستقيم على ثلثة فضربنا ثلثة في ثلثة فحصل
تسعة ثلثها وهو ثلثة للوصيين على ما يقتضيه استحقاق الموصى لهما مثلثاها وهي ستة للبنين
الثلث لكل ابن سهمان فاذا اطعمن ان نصيب احدهم سهمان ضرب الموصى له بالثلث في الثلث
ثلثة اسهم وضرب الموصى له بمثل نصيب ابن في الثلث سهمين فصار الثلث بينهما على خمسة
فصح المسئلة من خمسة واربعين قال ولو خلف ثلثة وثلثة الاف فادعى زيد ان اباهم
اوصى له بالف فصدقه احدهم امر بان يدفع ثلث نصيبه لا ثلثه اخماسه او ابنين صدقه
احدهما امر بان له ثلث قسمه لا نصفه ش هاتان مسئلتان الاولى اذا ترك ثلثة الاف درهم
وثلثة بنين فاخذ كل ابن الفا ثم ادعى رجل ان اباهم قد اوصى له بالف فصدقه احدهم وكذبه
الآخران قال اصحابنا يعطيه من الفه ثلثها وقال زفر يعطيه ثلثه اخماسها لان من زعمه
ان ثلث كل التركة له والثلثان بين البنين اثلاثا فاجتمع الى الحساب له ثلث وللثلثة ثلث
وأقل ذلك تسعة ثلثه للموصى له وهو ثلثة ولكل ابن سهمان فصار اخماسا ولنا انه اقر
له بالثلث في كل التركة هي ثلثة الاف شايعا وفي يده من التركة الثلث فيأخذ ثلث ما في
يده الثانية اذا كان له ابنان والمسئلة بحالها فعند زفر رحمه الله للموصى له نصف ما في يد
المقر لانه يقول المال بيننا اثلاثا حقي وحقك سواء وعندنا له ثلث ما في يده لما مر من المعنى

قال ولو اعتق او حابى او وهب اعتبر من الثلث اذا اعتق المريض في مرض موته
او باع شيئا وحابى فيه او وهب هبة فذلك كله جائز معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب
الوصايا لانها تبرعات في المرض مما تعلق به حق الورثة معتبر من الثلث قال فان حابى
ثم اعتق وضاق الثلث فالمحاباة اولى وعكس فهما سواء او حابى ثم عتقين فنصف الثلث للمحاباة
ونصفه للعتقين او اعتق ثم حابى ثم نصفه للاولى ونصفه بين الثانية بخمسين او يشترى
ما يساوي خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل في الشراء او الناقص في البيع محاباة حكم الوصية
وهذه اربع مسائل الاولى ان يحابي ثم يعتق والثانية عكسها ان يعتق ثم يحابي والثالثة ان يعتق
ثم يحابي ثم يعتق فيقع المحاباة بين عتقين والرابعة عكس هذه ان يحابي ثم يعتق ثم يحابي فيقع العتق
بين محاباتين فان خرج الكل من الثلث نفذت ولا خلاف فيها وان ضاق الثلث عنها
قال ابو حنيفة رضي الله عنه في المسئلة الاولى تنفذ المحاباة فان فضل من الثلث شي فللعتق وقالا
العتق اولى فان فضل شي فللمحاباة وقال في الثانية يشتركان وقالا تنفذ العتق فان فضل شي فللمحاباة
وقال في الثالثة يصرف نصف الثلث للمحاباة لانها تشارك العتق الاول عنده ثم ما اصاب
العتق الاول يقسم بينه وبين العتق الاخير نصفين وقال في الرابعة الثلث بين
المحاباتين لاستوائهما ثم ما اصاب الثانية تقسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فتشاركها وقالا
العتق اولى في الصور كلها لهما ان العتق قوي لا يلحقه فسخ بخلاف المحاباة لانها في ضمن
عقد بيع وهو قابل الفسخ والنقض وكذلك هي تكون ولا عبرة بتقديمه في الذكر غير موجب للتقدم
في الثبوت فلم يعتبر تقديم الموصي وتاخيره على ان فيه اثر ابن عمر رضي الله عنهما اذا كان
في الوصايا عتق بدئ به وله ان المحاباة اقوى لانها ثابتة في ضمن البيع الذي هو عقد معاوضة
فكان تبرعا معنى لا صورة والاعتاق تبرع صورة ومعنى فالمعاوضات اقوى من التبرعات لان المريض
ممنوع عن التبرعات وليس ممنوعا عن المعاوضات فكانت المحاباة في ذاتها اقوى من العتق فاذا
وجدت المحاباة اولا وهي الاقوى لم يزاحمها الاضعف بعدها لقوته في نفسه وسبقه عليه
الا ان العتق اذا تقدم عليها وهو غير قابل للفسخ والنقض فتعارضا من حيث ان للعتق قوة السبق
وللمحاباة قوة المعاوضة فاستويا فاشتركا قال وما قدمنا تقديم مطلقا ه قال زفر
رحمه الله اذا قدم الموصي المحاباة على العتق او العتق على المحاباة اعتبر ما قدم اذا لم يف الثلث
بهما جميعا لان تقديمه دليل كونه اهم عنده ولنا ان حكمهما ثابت عند الموت معا واحدا
فلا يرجح بالتقديم والتاخير الواقع قبله قال ولو اشترى ابنه في مرضه بالف وقيمته خمسمائة
واعتق عبدا قيمته خمسمائة وهما المال فالمحاباة نافذة وعليهما السعاية في قيمتهما والابن لا يرث

وقالا العتق اولى ويسعى الابن وحده ويرث ابا بالف وهي قيمته وله الفان عتق وورث والسعاية
لا تجب هاتان مسئلتان الاولى قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اشترى المريض ابنه بالف وقيمته خمسمائة
واعتق عبدا قيمته خمسمائة ولا مال له غيرهما ثم مات تنفذ المحاباة الحاصلة لبائع الابن ويسعى الابن
في كل قيمته وكذا العبد ايضا وقالا لا يسعى العبد ولا سعاية عليه وتنقض المحاباة وهذا لتقدم العتق
على المحاباة عندهما ويسعى الابن في جميع قيمته فيكون الحاصل للورثة الفا وهي ثلثا مال المريض
ويحصل للوصية خمسمائة فاستقام الثلث والثلثان ويرث الابن فيأخذ حصته من الخمسمائة التي
دفعها بائع الابن ويسقط حصته مما يسعى وانما وجبت السعاية على الابن لان الوصية للابن غير صحيحة لانه
وارث عندهما الثانية اذا اشترى المريض ابنه بالف وقيمته الف وله الفان سواه عتق لان
شرى القريب اعتاق ويرث منه اتفاقا لانه يخرج من الثلث ويعتق كله ولا سعاية عليه
ولو كان له الف واحدة غيره عتق ثلثاه ويسعى في ثلث قيمته ولم يرث منه لان المستسعى بمنزلة
المكاتب عنده وقالا يسعى في جميع قيمته في الفصلين ويرثه لان المستسعى حر مديون وانما يلزمه
السعاية لان العتق في المرض وصية وانه وارث ولا وصية للوارث لكن نقض العتق بعد وقوعه حقيقة
غير ممكن فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية لسائر الورثة عليه وانه ممكن بما قلنا وله انه لا يمكن
ايجاب السعاية عليه اذا خرج من الثلث لان في ايجابها ابطالها لانها لو وجبت لكان كالمكاتب فلا
يرث فتصح الوصية له فلا تجب السعاية عليه قال ولو اوصى ان يشترى بكل ماله عبد فيعتق فلم
يحرر او فهي باطلة وقالا يشترى بالثلث او بهذه المائة ويعتق فهلك بعضها فالباقي لا يعتق به
هاتان مسئلتان الاولى رجل اوصى بان يشترى بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية وقالا
يشترى بثلث ماله فيعتق قال او بان يحج بها فهلك بعضها حج بالباقي من حيث يبلغ ه هذا
الخلاف بناء على ان العتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه حق العبد ولهذا لا تقبل الشهادة عليه
من دون دعوى فاختلف المستحق وعندهما هو حق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه من
دون دعوى فلم يتبدل المستحق وهذا هو الاشبه وقد علل لهما في العتق بما بقي
بعد هلاك البعض انه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج
وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها في عبد يشترى باقل من المائة تنفيذ
للوصية في غير الموصى له فذلك لا يجوز وكذا اذا لم يجز الورثة في الوصية بان يشترى
بكل ماله فان العبد المشترى بالثلث غير المشترى بالكل بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة
هي حق الله تعالى والمستحق لا يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي
اليه قال وبعد ما للمراهق كالحج والزكاة والكفارة ومن غيرها مما قدمه ه اذا

اوصى المريض بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها سواء قدمها او اخرها كالحج والزكاة
والكفارات لان تقديم الاهم اولى من النوافل واحق بالتقديم وان تساوت في القوة بدي بما بداه
الموصي يعني اذا ضاق عنها الثلث لان تقديمه دليل الاهتمام عنده وقد ذكر الطحاوي انه تقدم
الزكاة على الحج وهو رواية عن ابي يوسف والاخرى وهي قول محمد تقدم الحج وجه تقديم
الزكاة على الحج وهو رواية عن ابي يوسف والاخرى وهي قول محمد تقدم الحج وجه تقدم
الزكاة تعلق حق العبد بها ووجه تقديم الحج انها عبادة مركبة من النفس والمال والزكاة
مالية محضة ويقدمان على الكفارات لانهما اقوى منها لورود الوعيد فيهما ما لم يات في
الكفارات وتقدم كفارة القتل والظهار واليمين على صدقة الفطر لثبوت وجوب تلك
بالكتاب وهذه بالخبر وتقدم صدقة الفطر على الاضحية للاجماع على وجوب هذه والاختلاف
في الاضحية على هذا الاعتبار يقدم بعض الواجبات على البعض قال او لعبده بالثلث
فلثه حر بعد موته وعليه السعاية في ثلثه وله ثلث باقي تركته وقالا يعتق كله ويتم له
الثلث من الباقي ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اوصى لعبده بثلث ماله صحت الوصية وعتق
ثلث العبد بعد موت المولى ويسعى في ثلثي قيمته للورثة ويكون له ثلث سائر اموال
المولى ما يتم معه ثلث المال كله فان لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته وهو حر مديون
وهو يقول انه من جملة اموال الميت فملك ثلث نفسه فعتق ثلثه وصار بمنزلة المكاتب
والمكاتب تجوز الوصية له والمسئلة من فروع تجزي الاعتاق قال ولو قال لغير المدخول بها
انت طالق او عبدي حر ومات مجهلا نصفه حر وعليه السعاية ولها ثلاثة ارباع مهرها
وقالا نصف الميراث وثلثه ارباع المهر ويامرها بما يستفاد ذلك من السعاية وغيرها وامرها بنصف
المهر منها والباقي من غيرها ه قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا قال لامرأته
قبل الدخول بها انت طالق او عبدي هذا حر دخل في البيان اليه فاذا اختار احدهما
بطل الاخر وان مات من غير بيان ولا وطي عتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته ولها
مهرها كاملا وميراث النساء لان الطلاق لا يقع بعد الموت والعتاق يقع وكان يزول
احدهما في مجلسه متوقفا على بيانه فلما مات مجهلا يزول نصف العتق بعد الموت ويسعى
في النصف وبطل الطلاق وقالا لها نصف ميراث النساء وثلثه ارباع المهر وسقط نصف
الميراث وربع المهر لان الواقع ان كان طلاقا فلها نصف المهر من غير ميراث وان كان الواقع
العتق فلها المهر والميراث كاملين فنصف ميراث النساء ونصف نصف المهر المتردد
فكان لها ثلثه ارباع المهر ونصف ميراث النساء ثم قال ابو يوسف رحمه الله يستوفي ذلك من سع

العبد وبما علاه من التركة لا الكل تركه وقال محمد رحمه الله يستوفي نصف المهر كذلك
اي من السعاية واما ربع المهر ونصف الميراث فمن سائر التركة دون السعاية لانها تدفع
زيادة المهر والميراث بسبب ان العتق هو الواقع في الصحة دون الطلاق والعتق في الصحة
لا يوجب السعاية فقد قررت انه لا حق لها في السعاية فاما قدر نصف المهر فواجب بكل حال
وقع الطلاق اولا فكان في كل التركة قال ولو اعتق المريض امته ثم تزوجها
وقيمتها اكثر من الثلث نكاحها فاسد اذا اعتق امته ثم تزوجها وهو مريض ثم دخل بها وقيمتها
الف ومهر مثلها مائة وهذا القيد من الزوائد فان كانت قيمتها ومهر مثلها يخرجان من الثلث فلها
المهر والميراث والنكاح صحيح لانها عتقت من غير سعاية وان لم يخرجان من الثلث فلزمتها
السعاية صارت كالمكاتبة عنده فلم يجز نكاحها لمولاها ولها المهر بالدخول بالعقد الفاسد
ويدفع لها مهر مثلها ثم يدفع الثلث بما بقي بعد المهر وتسعى فيما بقي من قيمتها لانها وصية وهي من
الثلث ولا ميراث لفساد النكاح وقالا النكاح صحيح بكل حال لانها حرة ولها مهر المثل والزيادة
عليه باطلة لانها وارثة وتسعى في جميع قيمتها لانه لا وصية لوارث ويدفع من قيمتها قدر مهر
مثلها وميراثها قصاصا وتسعى في الباقي قال ولو اوصى بخدمة عبده او سكنى داره سنين
معلومة او ابدا فان خرج العبد من الثلث سلم للخدمة وان كان هو المال خدمه يوما والورثة يومين
تجوز الوصية بالمنفعة كسكنى الدار وخدمة العبد ابدا ومدة معلومة لان المنافع يصح تمليكها
بعوض وبغير عوض حال الحياة فيصح بعد الممات للحاجة اليها كالاعيان وتملكها الموصى
له على ملك الموصي كما قلنا في الوقف والعامة والتابيد جائز كما في الاعارة والاجارة فاذا
خرج ذلك من الثلث ويستخدم العبد ويسكن الدار لان الثلث حق الموصي فلا مزاحمة للورثة
منه وهذا لان الايصاء بالمنفعة ملك الرقبة في حق تلك المنفعة لعدم امكان الانتفاع
بالعين الا بان يصير اخص بملكها كالاجارة فكانت وصيته بملك الرقبة في حق الانتفاع
بها لا مطلقا وليس له ان يؤجر الدار ولا العبد لانه ملك منفعتها بغير عوض فلا يملك
تمليكها بعوض كالعارية وهذا لان التمليك بعوض اقوى في الزم والاضعف لا يتناول الاقوى
وان لم يكن له مال غيرهما الدار والعبد خدم المولى يومين والموصى له يوما لانه لا يمكنهم خدمتهم
جميعا كالمهاياة في الخدمة تقع على الايام اثلاثا لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كالوصية
بالعين وهذا لانه لا يمكن منع الجميع عن الورثة كما لا يمكن الوصية بجميع العين واذا انفذت بالثلث
وجبت المهاياة بالحصص فيسكن او لا حركي الدار ان يقسم اثلاثا فيسكن هو الثلث والورثة
الثلثين لاستيفاء ذلك على استوا بينهم في المنفعة بها زمانا وذاتا فكان اولى من المهاياة زمانا

لاذاتا بخلاف العبد لعدم امكان التجزي فاستغنت عن المهاياه قال فان مات
نفيذه اليهم ۞ اذا مات الموصى له بالمنفعه عادت المنفعه الى الورثه وقال الشافعي رحمه
الله يرثها ورثه الموصى له لانها مملوكه له وقت الموت فخلفه الورثه فيها كما في سائر املاكه
ولنا ان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث
الموصى له يستحقها ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه وانه لا يجوز قال او في حياه الموصي
بطلت فلو مات الموصى له في حال حياه الموصي بطلت الوصيه لان ايجابها تعلق بالموت
قال ولو سكن بلدها وهي البلد فالوارث لا يملك بيع الثلثين ويجيزه اذا اسكن الموصى له سكنى
الدار ليس للورثه بيع الثلثين وعن ابي يوسف جواز ذلك لانه خالص ملكه فجاز تصرفهم فيه بالبيع
وله ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميعها بان يظهر للميت مال اخر تخرج الدار من الثلث وله
ايضا من احسنهم بما في ايديهم لوجوب الثلث الذي هو ساكنه والبيع يتضمن ابطال حقه فمنعوا
منه قال او بالخاتم ثم لاخر بفصه يعطى الفص للثاني وحلقته منها وقيل كونه منها
وفاق ۞ قال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى لرجل بخاتم ثم اوصى لاخر بفص ذلك الخاتم
فالفص للثاني وقال محمد رحمه الله الفص بينهما والحلقه للاول خاصه وقد ذكر الامام
البزدوي وغيره في اصول الفقه هذه المسئله وادعوا فيه اجماعا وهو المشار اليه بقوله
وقيل كونه منها وفاق وهو من الزوايد وذكر بعضهم عن ابي يوسف رحمه الله في روايه
شاذه ان الفص للثاني وفي الزيادات ان الوصيه ان كانت موصوله بالوصيه الاولى فالفص
للثاني اجماعا لان اخر الكلام مبين لاوله فصار كالاستثناء وقد خلاف ابي يوسف رحمه
الله فيما اذا فصل بينهما وقد حقق ذلك في اصول الفقه ومحمد رحمه الله على الخلاف ان تسميه
الخاتم تتبيه للفص وتسميته للثاني من غير رجوع عن الاول فاجتمعت فيه وصيتان فيشتركان
ولابي يوسف رحمه الله ان الفص يدخل في الوصيه الاولى تبعا لا قصدا وقد جعلها للثاني نصا والاول له
يبطل بالنص قال والوصيه بمرابطه في سبيل الله غير معتبره واجازها ابو يوسف قال
ابو حنيفه رضي الله عنه اذا اوصى بمركبه في سبيل الله فالاعتبار لوصيته وقالا الوصيه صحيحه
معتبره وهذا مبني على ان وقف المنقول يصح عندهما على ما مر في الوقف وعنده لما
لم يصح وقفه بطل الاصابه قال او بالثلث في سبيل الله يحمل الجهاد واضاف منقطعي
الحاج قال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى بثلث ماله في سبيل الله فسبيل الله الغزو
يستحق الفقراء منه كما في قوله وفي سبيل الله وابن السبيل وقال محمد رحمه الله يجوز ان
يعطى منه حاجا منقطعا لان الحج من سبيل الله لما روي ان رجلا جعل ناقة في سبيل الله فاراد

امرأته ان يحج عليها فسأل زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله

فصل في الوصية للاقارب وغيرهم

قال اذا اوصى لجيرانه فهي للملاصقين وقالا هي لهم ولغيرهم ممن يسكن محلته ويجمعهم
مسجدها ۞ قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اوصى لجيرانه فهم الملاصقون والوصية لهم وهو
القياس لان المجاورة هي الملاصقة قال عليه السلام الجار احق بصقبه والمراد الملاصق لان غيره لا يستحق
الشفعة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يصلي في مسجد تلك السكة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رضي الله عنه وهو الاستحسان ووجهه ان العرف يطلق عليهم اسم الجيران جار ملاصق وجار
غير ملاصق وقال صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع
النداء ولان القصد من هذه الوصية البر وهو فيما ذكرنا اعم الا انه لا بد من اتحاد بينهم
وذلك باتحاد المسجد والمالك والساكن فيه سواء وكذلك الذكر والانثى والصغير والكبير
والمسلم والذمي لتناول اسم الجار اياهم قال او لاصهاره كانت لكل ذي رحم محرم
من امرأته ۞ الاصهار كل ذي رحم محرم من زوجته لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتق كل ذي
رحم محرم من زوجته صفية وكانوا يسمون اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ويدخل
فيه كل ذي رحم محرم من زوجته كل ذي رحم محرم منه فلو مات بعد زوال النكاح
بطلت الوصية لانه يشترط الصهرية عند الموت وبقاؤها ببقاء النكاح قال او لاختانه
فهو زوج كل ذي رحم محرم منه ۞ الختن زوج ذات الرحم المحرم منه يدخل فيه الاقرب والابعد
والعبد والحر لتناول اللفظ ومن كان بهم نحو الختن القيم واهل اللغة عندهم اختلاف في الاختان
الاختان والاصهار غير ما ذكرنا والعرف على ما ذكرناه والحكم على العرف قال
او لاقربائه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه اثنين فصاعدا وقالا لكل من ينتسب الى
اصحاب في الاسلام ولا يدخل الوالدان والولد يحل وصى لاقرباء فلان او لاقربائه
ثلث ماله فالوصية للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان
ولا الولد ويكون للاثنين فصاعدا وقالا الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام
وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ
وفائدة الخلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم فمن اوصى بثلث ماله
لاقرباء النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخل فيه اولاد ابي طالب على قول من شرط الاسلام ويدخلون
على قول من شرط ادراك الاسلام واما اولاد العباس رضي الله عنه يدخلون فيها بالاجماع
لهما ان القريب ماخوذ من القرابة ولهذا الاقرب فيكون اسما لمن قامت به القرابة فيدخل في

الوصية كل من يمت اليه بقرابة مع فلان لـه ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب والمراد بالجمع في الميراث الاثنان فكذا في الوصية التي هي اخته ولا يدخل
قرابة الولاد لانهم لا يسمون اقرباء ولا اقارب ولقوله تعالى للوالدين والاقربين والعطف يغاير
المعطوف عليه وقد انعقد الاجماع على ترك الحقيقة ههنا بالعرف فانهم يجعلون القريب من تقرب الى
غيره بوسيلة عنه والوالدان تقربان اليك بانفسهما حتى قالوا ان من سمى اباه قريبه كان عاقا والاعتبار
للعرف المجمع عليه دون ظاهر اللفظ قال وادخل الجد وولد الولد ۞ اذا اوصى
لاقربائه او لذي قرابته او لاقاربه لم يدخل الجد ولا ولد الولد عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يدخلان لانهما اقرباؤه حقيقة بخلاف الوالدين
والولد لان الوالدين قد عطف عليهما الاقربون في الاية فاقتضت المغايرة بينهما واذا لم يدخل
الوالدان لم يدخل الولد لاتحاد الاتصال بين الوالد والولد منه الجد وولد الولد داخلين
في الاقرباء والاقارب او ذي القرابة اعتبارا لحالة الدخلاء في اسم الاقرباء حقيقة ولهما
ان القريب بقرابة الولادة لا ينطلق عليه اسم القريب عرفا لاختصاص كل من قرابة الولاد باسم
اذا سئل عنه احب به كالجد وابن الابن والاب والولد دون القريب والعرف العام قاض
على الحقيقة فلا يدخلون في الوصية قال ولو كان له عمان وخالان فهي للعمين وقال لا
بينهما ارباعا ۞ هذه المسئلة بناء على ان المعتبر هو الاقرب فالاقرب ولا بد من التثنية عند
ابي حنيفة رضي الله عنه فاذا كان له عم وخالان فللعم النصف وللخالين النصف وقالا بينهم
اثلاثا ولو كان له عمات وخالان فالكل للعمين وقالا بينهم ارباعا لما تقدم
من ان اسم القريب يتناول القريب والبعيد وله ان الوصية اخت الميراث ففي الميراث يعتبر الاقرب
فالاقرب فلا يرث الخال مع العمين وفي المسئلة الاولى كان للعم النصف لاعتبار التثنية عنده
على ما مر ويبقى الباقي للمساكين ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث عنده وعندهما
جميعه وان كان له عم وعمة فالوصية للعم والعمة بينهما لاستوائهما في القرابة وهي اقوى من
الخؤولة والعمة وان لم تكن وارثة تستحق الوصية بلفظ القرابة كما لو كان القريب عبدا او كافرا
وان قال لذوي قرابته او لذوي نسبه فكذلك الخلاف الا ان الواحد يستحق الكل بالاجماع
لان لفظه ذي يرد يستحقه الواحد ففي مسئلة العم والخالين يستحق العم الجميع ولو قال لذوي
قرابته او لانسبائه الاقرب فالاقرب يستحق الواحد الجميع عند انفراده لان قوله الاقرب فالاقرب
خرج تفسيرا لما تقدم من كلامه والاقرب اسم فرد يدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره لان قوله
الاقرب فالاقرب يتناول الكل ويثبت الاستحقاق للابعد عند عدم الاقرب ولا احد منه

عملا بقوله الاقرب فالاقرب قال او لبني فلان وله ذكور واناث فهو للذكور
واشترك بينهم بالسوية كما في ولد فلان ۞ رجل اوصى لبني فلان ولفلان ذكران واناث
فالوصية للذكران منهم دون الاناث لان قوله بنو فلان بمنزلة قوله الذكور من اولاد فلان
لان الابن اسم للذكر والبنون جمعه وقال محمد رحمه الله الوصية لهم جميعا بينهم بالسوية لان البنين
جمع الابن كما ان الاخوة يتناول جميع الاخوة يتناول البنين والبنات المختلطة بالبنين
كما يتناول لفظ الاخوة الاخوات المختلط بالاخوة وفي قوله تعالى وان كان له اخوة فلامه السدس
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه في ذلك روايتان وقوله كما في ولد فلان من الزوايد ولا تفضيل
فيه لتناول لفظ الولد للكل قال او لورثته فللذكر مثل حظ الانثيين اعتبارا
بالميراث اذ لا له اسم لورثته عليه قال او لاهله فهي لزوجته وقالا للكل ممن في عياله
قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا اوصى بثلث ماله لاهل فلان فالوصية لزوجته
وقالا للكل ممن في عياله وذكر في الزيادات ان القياس قوله لقوله تعالى في قصة موسى عليه السلام
اذ قال لاهله امكثوا اي لزوجته وفي الاستحسان الوصية لكل من هو في مؤنة فلان كما قال
خبرا عن يوسف عليه السلام واتوني باهلكم اجمعين قال ولمواليه وله موالي ورث
ولاهم يحملها لهم ومنعهم قال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى بثلث ماله لموالي فلان
وليس لفلان موالي اعتقهم لكن اباه قد اعتق عبيدا ثم مات فورث هو ولاءهم يدفع اليهم
الثلث لانه اوصى لموالي فلان وهم موالي فلان لان الشرع اعتبرهم موالي له حيث حكم
بثبوت الولاء عليهم ارثا عن ابيه وقال محمد رحمه الله لا يدفع اليهم شيء لان موالي الرجل حقيقة
معتقوه غيره وهذا لو كان لفلان واحد معتقون يكون الوصية لهم ولو جمع بين معتقه ومعتق
غيره بلفظ واحد جمع بين الحقيقة والمجاز ان جعل مجازا في معتق ابيه وتعميم المشترك ان
جعل حقيقة لمعتق ابيه وكلاهما غير ممكن قال ولو كان له موال منعنا الشركة ۞ اذا
اوصى بثلث ماله لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقهم ابوه ومات ابوه فعنده يدخل
في الوصية كلهم لانهم جميعا مواليه الان وعندهما ما سبق في المسئلة السابقة قال
او للمسجد من غير ذكر انفاق بطلها واجازها ۞ قال ابو يوسف رحمه الله اذا
قال اوصيت بثلث مالي للمسجد فالوصية باطلة الا ان يقول ينفق عليه لان المسجد
ليس باهل للملك والوصية تمليك ومتى ذكر النفقة عليه صير بمنزلة الوقف على مصالحه
يجوز وقال محمد رحمه الله يصح ويحمل الموجود منه امرا بصرف الثلث الى مصالح المسجد
تصحيحا لكلامه والله اعلم بالصواب

باب الفرائض

الفرائض جمع فريضة من الفرض وهو القطع والتقدير لانه مما فرضتم اي قدرتم وفرض القاضي
النفقة قدرها وسمي هذا النوع الفرائض لانه سهام مقدرة مقطوعة مبينة بالدليل
المقطوع بها قال ويبدأ بقضاء الدين بعد التجهيز والدفن ثم ينفذ الوصايا ثم يقسم
الباقي بين الورثة ش تتعلق بتركة الميت حقوق اربعة مرتبة اولها تجهيزه ودفنه لان اللباس
وستر العورة من الحوائج الاصلية مقدمة على الديون والنفقات وجميع الواجبات حالة الحياة
فكذا بعد الممات اعتبارا لاحدى الحالتين بالاخرى بجامع الحاجة ويستثنى من ذلك حق يتعلق
بعين كالرهن والعبد الجاني فان المرتهن وولي الجناية اولى به من تجهيزه لانهما تقدمان على
حوائجه الاصلية كستر العورة والطعام والشراب حال حياته فكذا بعد وفاته ويكفن به
مثل ما كان يلبسه في اسباب الحلال حالة الحياة على قدر التركة من غير تقتير ولا تبذير اعتبارا
لاحدى حالتيه بالاخرى ويقدم على الوصية لان الوصية من باب التبرعات وهذا لازم ويقدم
على الورثة لان انتقال المال اليهم مشروط باستغنائه عنه ولهذا فانا نحكم ببقاء ملكه
في التركة عند قيام حاجته ولهذا كان حال الحاجة وهي من الحياة لا ينتقل اليهم قال عليه السلام
ابدا بنفسك ثم بمن تعول ثانيها قضاء الديون من جميع ما بقي من ماله لقوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها او دين ومقتضاه التخيير القسمة عن الدين والوصية وليس فيه دلالة على تقديم احد
المذكورين على الاخر فكانت الاية محتملة الا انه صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية في رواية
علي بن ابي طالب رضي الله عنه فكان ذلك بيانا للاحتمال ولان الدين مستحق عليه والوصية مستحق من جهته
والمستحق عليه اولى لانه يطالب به ولان فراغ ذمته من اعظم حوائجه واهمها قال صلى الله عليه
وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة ولان اداء الفرائض اولى من التبرعات وانما قدمت الوصية
في الاية لفظا للحث على امضائها فان الدين لازم لا تغفل الورثة والاوصياء عن قضائه لموضع
مطالبة الغرماء والوصية تبرع وقد يقع التساهل في امضائها فقدمت حثا للاولياء على امضائها
الذي اوصى له بها وبالثلث ينفذ الوصايا من ثلث ماله بعد قضاء الدين وان كانت الوصية بعين
اعتبرت من الثلث وان كانت بجزء شايع كالثلث والربع فالموصى له شريك الورثة يزداد نصيبه
بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيحسب المال ويخرج نصيب الوصية كما يخرج نصيب الوارث ورابعها
على تسمية التركة كما ذكرنا الرابعة القسمة بين الورثة على فرائض الله تعالى كما نطقت ايات الفرائض
قال الارث بالرحم والنكاح والولاء ش الارث البقاء قال عليه السلام اثبتوا على مشاعركم فانكم على ارث
من ارث ابيكم ابراهيم اي على بقية من بقايا شريعته والوارث الباقي وسمي به الوارث لبقائه بعد مورثه

وفي الشرع انتقال مال الغير الى الغير على وجه الخلافة ووجه الاستحقاق بلفظ اشياء الرحم
والنكاح والولاء اما الاولان فبالكتاب والاجماع واما الولاء فلما نذكره بعد قال
ويبدأ بذوي الفروض ثم بالعصبات النسبية ثم بالمعتق ثم عصبته ثم الرد ثم ذوي الارحام ثم مولى
الموالاة ثم المقر له بنسب لم يثبت ثم الموصى له باكثر من الثلث ثم بيت المال ش وقدم في الاقرار
ذكر المقر له بنسب لم يثبت وفي الوصايا بامر الموصى له باكثر من الثلث واما بيت المال فلانه
اذا خلا المال عن مستحق فصرفه بيت المال كاللقطة والضال ونحن نذكر لكل واحد فصلا نبينه
فيه ان شاء الله تعالى وهذه الجملة كلها من الزوائد قال ويمنع منه الرق والقتل
كما مر قال واختلاف الملتين والدارين حقيقة وحكما ش وسيأتيك بيان ذلك
وهذه من الزوائد ايضا قال ويفرض للزوجة الثمن مع ولد او ولد ابن والربع لها عند عدمهما
وللزوج ضعفها والنصف له عند عدمهما وللبنت ولبنت الابن عند عدمها وللاخت لابوين وللاخت
لاب عند عدمهما وللاب والجد السدس مع ولد او ولد ابن وللام مع احدهما او اثنين من الاخوة
والاخوات وللجدة مطلقا ولبنت الابن مع البنت وللاخت لاب مع الاخت لابوين وللواحد
من ولد الام والثلث لاثنين فصاعدا من ولد الام وللام عند عدم من لها معه السدس ولها ثلث
الباقي بعد فرض الزوجين في زوجة وابوين او زوج وابوين والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن
فرضه النصف الا الزوج ش هذا بيان اصحاب ذوي السهام المقدرة وبيان احوالهم وانما بدئ
بهؤلاء لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى عصبة ذكر وهؤلاء اثنا عشر نفرا عشرة
من النسب واثنان من السبب اما العشرة من النسب فثلثة من الرجال وسبع من النساء ونحن
نرتبهم الان على هذا الترتيب فان اختصار النص اقتضى الترتيب المذكور فيه وجميع المرفوعات في الكلام
معطوفة على فاعل الفعل الذي لم يسم فاعله وهو تقدير في جميعها فلا تشتبه ذلك بالجملة الاسمية
فاول الورثة من الرجال الاب واحواله ثلثة الفرض المحض وهو السدس يستحقه مع الابن وابن الابن
وان سفل لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد والحالة الثانية التعصيب
المحض وهو عند عدم الولد وولد الابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث
ولم يذكر الاب فيه علم ان الباقي للاب وهذه اية العصوبة والحالة الثالثة الفرض والتعصيب
وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس فرضا والنصف للبنت والثلثان للبنتين فصاعدا
والباقي له بالتعصيب لقوله عليه السلام فما ابقت فلاولى عصبة ذكر الثاني من ورثة الرجال
الجد الصحيح والمراد بالصحيح ان لا يدخل في نسبته الى الميت انثى والجد بمنزلة الاب عند عدمه
الامر على ما ياتيك ان شاء الله وصدق اسم الاب عليه قال تعالى واتبعت ملة ابائي ابراهيم واسحق

واسحق جده وابرهيم جد ابيه والثالث الاخ لام وسهمه السدس وللاثنين منهم فصاعدا الثلث
واذا اجتمع الذكور منهم والاناث استووا في الثلث لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة
وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث وقد قرا ابي وسعد
ابن ابي وقاص وله اخ او اخت لام وقراتها بمنزلة رواتيها فكان ذلك بيانا له وعلى ذلك اجماع الصحابة
رضي الله عنهم واما ورثة النساء فاولاهن البنت وسهمها النصف اذا كانت منفردة وللبنتين
فصاعدا الثلثان قال تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها
النصف والمراد عند عامة المفسرين اثنتين فصاعدا والتقدير فان كن نساء اثنتين فما فوقها كقوله
تعالى فاضربوا فوق الاعناق اي الاعناق فما فوقها وعلى ذلك اطباق العلماء الا ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنه انه قال للواحدة النصف وللثنتين النصف فان زادوا كان لهن الثلثان عملا بظاهر اللفظ
الا ان السنة المرجحة وردت بتوريث الثنتين الثلثين فكان ذلك مرجحا لما مال اليه الاكثرون
وهو ما روي ان سعد ابن الربيع استشهد يوم احد وترك ابنتين واخاه وامراة فاخذ اخوه المال
كله وكان اذ ذاك يرث الذكور دون الاناث فجاءت امراته الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول
الله ان هاتين ابنتا سعد قتل يوم احد واخذ عمهما المال ولا تنكحان الا ولهما مال فقال صلى الله عليه
ارجعي لعل الله تعالى ان يقضي في ذلك فنزلت هذه الاية فبعث صلى الله عليه وسلم الى عمهما ان
اعطهما ثلثي المال ولامهما ثمنه والباقي لك وكانت اول ميراث قسم في الاسلام ولان البنت
تستحق الثلث مع الابن الذي هو اقوى منها حالا فلان تستحقه مع البنت وهي مثلها في القوة
والاستحقاق اولى ولان الاختين تستحقان الثلثين اجماعا فلان تستحقهما البنتان وهما اقرب
واقرب اولى الثانية منهن بنت الابن ولها خمس حالات الاولى اذا كانت منفردة وهي كالصلبية
لها النصف وللثنتين منها الثلثان عند عدم ولد الصلب لان اسم الولد يطلق عليهن
حقيقة وشرعا الا ان اولاد الابن يدلون الى الميت بالابن وبسببه يرثون ويحجبون به كالجد
مع الاب والجدات مع الام ولا يلزم اولاد الام حيث يرثون مع الام ويدلون بها لان السبب
مختلف فان الام ترث الامومة وهم بالاخوة ولانها لا تستغرق جميع التركة الحالة الثانية
اذا كانت واحدة مع البنت الصلبية فلها السدس تكملة الثلثين لما روى عبد الله بن مسعود ان النبي
صلى الله عليه وسلم قضى في بنت وبنت ابن واخت للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة
الثلثين وللاخت الباقي وبنت ابن الابن مع بنت الابن كبنت الابن مع الصلبية واذا استكملت البنات الثلثين
سقط بنات الابن لان حق البنات الثلثان بنص الكتاب وبنات الابن يرثن بالبنتية عند عدم ولد
الصلب فاذا استكملت الصلبيات الثلثين لم يبق لجهة البنتية نصيب سقط بنات الابن الا ان يكون

في درجتهن او اسفل منهن ذكر فيجعلهن عصبة فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
مثال ذلك بنتان وبنت ابن وابن ابن فللبنتين الثلثان ولا شيء لبنت الابن وان كان مع بنت الابن اخوها او ابن
عمها فللبنتين الثلثان ولبنت الابن واخيها او ابن عمها الباقي للذكر مثل حظ الانثيين بنتان
وبنت ابن وبنت ابن ابن وابن ابن ابن للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ
الانثيين ولو ترك ثلث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن بعضهن اسفل من بعض
وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن اسفل من بعض وذلك اذا كان لابن الميت ابن وبنت ولابن ابنه ابن
وبنت ولابن ابن ابنه ابن وبنت فمات البنون وبقي البنات وكذلك ثلاث بنات ابن ابن وكذلك ثلث
بنات ابن ابن ابن على هذه الصورة

من

ابن	ابن	ابن	فالعليا من الفريق الاول ليس في موازاتها احد والوسطى من
ابن	ابن	ابن	الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق الثاني والسفلى من
بنت	ابن بنت	ابن	الفريق الاول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني والعليا من
بنت	ابن بنت	ابن بنت	الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى
	بنت	ابن بنت بنت	من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها احد

فللعليا من الفريق الاول النصف وللوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني السدس
تكملة للثلثين لانهما استوتا في الدرجة ولا شيء للباقيات فان كان مع العليا من الفريق الاول غلام فالمال
بينه وبينها للذكر مثل حظ الانثيين وسقط الباقيات وان كان مع الوسطى من الفريق الاول
فالنصف للعليا من الفريق الاول والباقي بين الغلام ومن في درجته للذكر مثل حظ الانثيين
وان كان مع السفلى من الفريق الاول فالنصف للعليا من الفريق الاول والسدس للوسطى منه
مع من يوازيها تكملة الثلثين والباقي بين الغلام ومن يوازيه للذكر مثل حظ الانثيين
وسقط الباقيات وان كان مع السفلى من الفريق الثاني فالنصف للعليا من الفريق الاول
والسدس تكملة الثلثين للوسطى منه ولمن يوازيها والباقي بين الغلام ومن يوازيه ومن هو
اعلى منه ممن لا فرض له للذكر مثل حظ الانثيين وسقط الباقيات وعلى هذا فالاصل ان بنت الابن
تصير عصبة بابن الابن سواء كان في درجتها او اسفل منها اذا لم تكن صاحبة فرض لان الجارية
التي توازي الغلام انما ترث بسببه بعد استكمال الصلبيات الثلثين لانها لولاه لما ورثت
فلان ترث بسببه جارية اقرب منه الى الميت كان اولى واما صاحبة الفرض فقد استغنت بفرضها
فلا تصير تابعة لمن هو دونها في الدرجة في الاستحقاق الثالثة من ورثة النساء الام واحوالها

فلها السدس اذا كانت مع ولد او ولد ابن او ثنتين من الاخوة والاخوات من اي جهة كانوا الحالة
الثانية الثلث اذا كانت منفردة ليس معها احد من هؤلاء قال تعالى ولابويه لكل واحد منهما
السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة
فلامه السدس وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا يحجبها الا الثلث من الاخوة تمسكا بظاهر لفظ الجمع
ولكن المراد من الجمع ههنا الاثنان كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما لاتفاق الصحابة عليه وكذلك فانه
روي ان ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما ان الله تعالى يحجب بالاخوة والاثنان في اللسان ليسا
باخوة فقال قد كان ذلك قبل فلا استطيع ان ادراه يشير الى انه كان اجماعا الحالة الثالثة
ثلث ما بقي بعد فرض الزوج او الزوجة في مسئلتين زوج وابوان او زوجة وابوان فلها في المسئلة
الاولى السدس وفي الثانية الربع وتسميان العمريتين لانه اول من قضى فيهما وخالف ابن عباس
فيهما جميع الصحابة رضي الله عنهم فقال لها الثلث نظرا الى قوله تعالى فلامه الثلث ولنا ان
لها ثلث ما ترثه الابوان وانما ترثان في هاتين المسئلتين الباقي بعد فرض الزوجين فيكون
لها ثلثه وهو ما ذكرنا ولانا لو اعطيناها ثلث الكل لفضلت الانثى على الذكر مع الاستواء
في سبب الاستحقاق والقرب وهو خلاف الاصل ولو كان مكان الاب جد فلها ثلث الكل
كاملا لانها اقرب من الجد لانها تدلي الى الميت بغير واسطة والجد يدلي بواسطة الاب واذا
اختلف القرب جاز التفاضل كزوجة واخت لابوين واخ لاب للزوجة الربع وللاخت النصف
وللاخ ما بقي فهو الربع الرابعة للجدة الصحيحة كام الام وان علت وام الاب وان علا
والجدة الفاسدة هي التي يدخل في نسبتها اب بين امين وللجدة الواحدة الصحيحة السدس
لما روي ان جدة ام ام جاءت الى ابي بكر رضي الله عنه وطلبت ميراثها فقال لا
اجد لك في كتاب الله شيئا ولا سمعت فيك من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا حتى اسال
اصحابي وارى فيك راي فصلى الظهر ثم خطب فقال هل سمع احد منكم شيئا في الجدة من
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المغيرة بن شعبة فقال اشهد اني شهدت على رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قضى للجدة السدس وفي رواية اطعم الجدة السدس فقال هل معك شاهد
اخر فقال محمد بن مسلمة انا اشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل ما شهد به المغيرة
فقضى لها بالسدس ثم جاءت جدة اخرى ام اب في زمن عمر رضي الله عنه فقضى لها بالسدس
ولو اجتمعن وكن متحاذيات فلهن جميعا السدس ايضا لما روى الطحاوي انه عليه السلام اطعم ثلث
جدات السدس وسيأتيك تمامه في فصل الجدات ان شاء الله تعالى الخامسة الاخوات لاب
وام للواحدة منهن النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان قال تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله

اخت فلها نصف ما ترك ثم قال فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك السادسة
الاخوات لاب وهن كالاخوات لاب وام عند عدمهن لان اسم الاخت في الاية يتناول الكل
الا ان الاخوة والاخوات لابوين يتقدمون لقوة قرابتهم فانهم يدلون بجهتين وعند عدمهم
يجري على هذه النصف للواحدة فصاعدا من الاخوات لاب السدس مع الاخت لابوين
وهن مع الاخوات لابوين كبنات الابن مع الصلبيات يحجبون بالاخ من الابوين والاخ والاخت
ولا يحجبون بالاخت الواحدة كما تقدم فاذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقطت الاخوات
لاب الا ان يكون معهن اخ فيعصبهن والوجه كما مر في بنات الابن والسابعة الاخوات لام
وللواحدة السدس وللثنتين فصاعدا الثلث وقد مر في الاخ لام واما الاثنان من
السبب فالزوج والزوجة فللزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن والربع مع الولد
وولد الابن وللزوجة الربع عند عدمهما والثمن مع احدهما بذلك نطق صريح الكتاب
والزوجات والواحدة يشتركن في الربع والثمن لقوله تعالى فلهن وهو اسم جمع وعلى ذلك انعقد
الاجماع ه

فصل في العصبات

قال يحرز العصبة
بنفسه كل ذكر لم يدخل في نسبته الى الميت انثى ما ابقت الفرائض وتقدم الابن ثم ابن الابن وابنه
وان سفل ثم الاب ويكون مع البنت عصبة وذا سهم ثم الجد الصحيح وان علا ثم الاخ ثم ابنه وان
سفل ثم العم ثم ابنه وان سفل ثم عم الاب ثم عم الجد ثم ابنه ويقدم من كان لابوين على من هو لاب
العصبة هو الذي ليس له سهم مقدر ياخذ ما ابقاه ذو السهام المفروضة واذا انفرد اخذ جميع المال
والعصبة نوعان عصبة نسبية وعصبة سببية اما النسبية فانواع ثلاثة عصبة بنفسه
وعصبة بغيره وعصبة مع غيره اما العصبة بنفسه فهو كل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت
انثى وهذا القسم من الزوائد ويقدم الاقرب على الابعد ويقدم قوي القرابة على اضعفها
فاقرب العصبات جزء الميت وهو ابنه قال تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له
ولد قدم الابن على الاب في التعصيب المتقدم على من بعده بطريق الاولى ثم ابن الابن وان
سفل لتناول اسم الولد اياهم روي عن ابي بكر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد
بن ثابت رضي الله عنهم انهم قالوا اقرب العصبات الابن ثم ابن الابن ولا يقال ان الاب
اقرب الى الميت من ابن الابن فيجب تقديمه لانا نقول وان كان اقرب الا ان الاب صاحب فرض
مع الابن وبنته ولا اعتبار في الترجيح الاستحقاق بجهة التعصيب لا بالفرض الا ترى ان ابن
الاخ لاب يرث مع الاخت لابوين وان كانت اقرب واقوى جهة لاختلاف جهتي الاستحقاق
ثم اصل الميت وهو الاب قال تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث فتبين ان الباقي للاب بكونه احق

بالتعصيب من الجد والاخوة ولان من يدلي بالاب لا يرث مع وجوده وقد تقدم ذكر
احواله في الفصل السابق ثم الجد الصحيح وقد بيناه وفيه خلاف نبينه ان شاء الله تعالى ثم
جزء ابيه وهم الاخوة قال تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد جعله اولى بجميع المال في الكلالة
والكلالة هو الذي لا ولد له ولا والد ثم بنو الاخوة ثم جزء الجد وهم العم ثم بنوهم ثم اعمام
الاب ثم بنوهم ثم اعمام الجد ثم بنوهم وهكذا لانهم في القرب من الميت مرتبون هذا
الترتيب فيرتبون في الميراث كذلك كما في ولاية النكاح واذا اجتمعت العصبات تقدم في الارث
اقربهم لقوله صلى الله عليه وسلم فلاولى عصبة ذكر ولان العلة في ارثه انما هي القرب والعلة في
الاقرب اكمل فيقدم كما في النكاح وقد روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه صلى الله عليه
وسلم جعل المال للاخ لاب وام ثم للاخ لاب ثم لابن الاخ لاب وام ثم لابن الاخ لاب وساق ذلك
في العمومة ومن كان منهم لابوين فهو اولى ممن كان لاب لقوة قرابته فانه يدلي بجهتين ولما روينا
ولقوله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بني الاب والام يتوارثون دون بني العلات واذا
اجتمعت العصبات وهم في درجة واحدة يقسم المال عليهم باعتبار ابدانهم دون اصولهم
مثاله ابن اخ وعشرة بني اخ اخر وابن عم وعشرة بني عم اخر المال بينهم على احد عشر سهما
لكل منهم سهم قال ويصير عصبة بغيره البنات بالابن وبنات الابن بابن الابن والاخوات
لابوين باخيهن والاخوات لاب باخيهن ه هذا بيان النوع الثاني من العصبات النسبية وهو
العصبة بغيره وهم اربع من النساء يصرن عصبة باخوتهن فالبنات يصرن عصبة بالابن وبنات
الابن بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب
وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن لقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل
حظ الانثيين قال ومع غيره الاخوات مع البنات هذا هو النوع الثالث من العصبات
النسبية وهو العصبة مع غيره فالاخوات لابوين او لاب يصرن عصبة مع البنات وبنات
الابن لقوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة مثال ذلك بنت واخت لابوين
او لاب فالنصف للبنت والنصف للاخت ولا شيء للاخوة لانها لما صارت عصبة نزلت
منزلة الاخ لابوين قال ويجعل عصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى الام ه عصبة ولد الزنا
وولد الملاعنة مولى امهما لانه لا اب لهما والنبي صلى الله عليه وسلم الحق ولد الملاعنة
بامه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فوجب ان يرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك بنتا واما
والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقي يرد عليهما كان لم يكن له اب وهكذا لو كان
معهما زوج او زوجة فانه ياخذ فرضه والباقي يقسم بينهما فرضا وردا او لو ترك امه واخاه

لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقي مردود عليهما ولا شيء لابن الملاعن
لانه لا اخ له من جهة الاب واذا ترك وله ابنا الملاعنة ورثه توءماه وهما لاخوة ولا ارثه توءم
جده اعني الاعمام واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولدا الزنا اللذان يفترقان في مسئلة
واحدة وهي ان ولد الزنا يرث من توامه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث توامه ميراث اخ
لابوين قال ويختم العصبات بالمعتق ثم عصبته ه هذا بيان العصبة من قبل السبب فالمعتق
هو عصبة بنفسه ثم عصبته على ما ذكرناه من الترتيب وهو اخر العصبات لان عصوبتهم
حقيقية وعصوبته حكمية قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه بالاعتاق قد احياه
معنى فاشبه الولادة قال واذا ترك اب مولاه وابن مولاه يعطى الاب السدس والابن
الباقي وقالا الكل للابن ه له ان كلا منهما عصبة اذا انفرد فاذا اشتركا في الارث ورثا
بالولاء اصله الاخوين ولهما ان الاب مع الابن من ذوي الفرض فلا يرث بالولاء كالام ولا
يعتبر تعصيب الاب بحال فان البنت تكون عصبة في حال ولا ترث مع الابن في الولاء قال
او جده واخاه فهو للجد وقالا بينهما ه اذا ترك جد مولاه واخا مولاه فالمال للجد عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد هو بينهما وهذه المسئلة تبتنى على خلافهم
في ميراث الجد فعنده ان الجد هو العصبة ويسقط معه الاخ فكذلك يكون اخوه بالولاء
وعندهما ان الجد والاخ يشتركان في الميراث فكذلك يشتركان في ميراث الولاء ه

فصل في الحجب والسقوط

قال لا يحرم ستة بحال الاب والابن والام والبنت والزوجان ويحجب الارث
من سواهم الابعد ولا يرث من يدلي بشخص معه الا ولد الام ه الحجب على نوعين حجب نقصان
وحجب حرمان فاما حجب النقصان فهو ان يحجب ذو فرض من سهم وقد مر بيانه واما حجب
الحرمان فستة لا يحرمون ابدا الاب والابن والام والبنت والزوج والزوجة لان ارث
هؤلاء ثابت بدليل مقطوع به وهو صريح الكتاب ومن عدا هؤلاء فان الاقرب منهم
يحجب الابعد كالابن فانه يحجب ولد الابن وكالاخ لابوين فانه يحجب الاخوة لاب وكذلك من
يدلي بشخص لا يرث معه الا اولاد الام كما مر امثلة ذلك زوج واخت لاب للزوج النصف
وللاخت لابوين النصف وللاخت من الاب السدس تكملة الثلثين اصلها من ستة عالت
الى سبعة فان كان مع الاخت لاب اخ عصبها فلا ترث شيئا فهذا اخ مشوم زوج
وابوان وبنت وبنت ابن اصله من اثني عشر عالت الى خمسة عشر للزوج الربع ثلثة وللابوين السدسان
اربعة وللبنت النصف ستة ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين سهمان فلو كان مع بنت الابن ابن

عصبها فسقطت وعالت المسئلة الى ثلثة عشر وهذا اخ مشوم ايضا لحتاج لابوين واخت لاب
فالمال للاختين لابوين فرضا ورد ولا شئ للاخت لاب فان كان معها اخوها عصبها فلهما الباقى
وهو الثلث للذكر مثل حظ الانثيين وهذا هو الاخ المبارك قال ولا يحجب المحروم
وهذا كالكافر والقاتل والعبد لا يحجب حرمانا ولا نقصانا لانهم غير وارثين لعدم اهليتهم
والعلة تفقد لفقد الاهلية وبفوت شرط من شرائطها كبيع المجنون واذا اعدمت العلة
من حق هؤلاء التحقوا بالعدم في باب الارث وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه يحجب حجب
نقصان وذلك يظهر في مسائل الحول قال ويحجب المحجوب كالاخوة والاخوات يحجبهم
الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس وهذا لان علة الاستحقاق قائمة في حقهم لكن
امتنع للحاجب وهو الاب فجاز ان يظهر حجبهما في حق من يرث معهما قال ويسقط
بنو الاعيان بالابن وابنه وبالاب وكذا بالجد ويقاسمهم على اصول زيد رضي الله عنه وبنو
العلات بهم وبهؤلاء وبنو الاخياف بالولد وولد الابن وبالاب والجد بنو الاعيان
هم الاخوة لاب وام وبنو العلات هم الاخوة لاب وبنو الاخياف هم الاخوة لام فاما بنو
الاعيان فانهم يسقطون بالابن وابن الابن وبالاب ويسقطون بالجد عند ابي حنيفة وقالا
يقاسمهم الجد على اصول زيد رضي الله عنه لما تقرر واما بنو العلات فانهم يسقطون
بني الاعيان وبهؤلاء لما بينا ولقوله عليه السلام ان اعيان بني الاب والام يتوارثون
دون بني العلات واما بنو الاخياف فانهم يسقطون بالولد وولد الابن والاب والجد
بالاجماع لان شرط كونهم وارثين ان يكون الميت يورث كلالة قال تعالى فان كان رجل يورث
كلالة او امراة وله اخ او اخت والمراد الاخوة لام لما تقدم والكلالة من لا ولد له ولا والد وهذا لا يوجد
الا عند عدم هؤلاء اما المسئلة المختلفة وهو سقوط الاخوة لابوين عند ابي حنيفة خلافا لهما
في مسئلة اختلف فيها الصدر الاول رضي الله عنهم فابو بكر وابن عباس وابي بن كعب
وعائشة رضي الله عنهم ان الجد كالاب عند عدمه يرث معه من يرث مع الاب ويسقط
به من يسقط بالاب وبه اخذ ابو حنيفة فجعل الجد اب الاب بمنزلة الاب الا في مسئلتين
زوج وابوين وزوجة وابوين على ما تقدم وروى الحسن بن زياد عنه انه بمنزلة الاب فيهما
ايضا وهاتان الروايتان عن ابي بكر رضي الله عنه وقال علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي
الله عنهم الجد لا يسقط بني الاعيان والعلات ويرثون معه واختلفوا في كيفية توريثهم
معه وبقول زيد اخذ ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله والمختار قول ابي بكر رضي الله
عنه لسلامته عن التردد والتوقف ولم يتعارض عنه الروايات حسب تعارضها عن غيره

فقد روي عن علي رضي الله من احب ان يتقحم جراثيم جهنم فليقض في الجد والاخوة وروى عبيدة
السلماني عن عمر رضي الله عنه انه قضى في الجد بمائة قضية يخالف بعضها بعضا وعنه
انه قال عند موته اشهدوا انى لم استخلف ولم اقل في الكلالة ولا في الجد شيئا وعن
ابن عباس رضي الله عنهما الا يتقي الله زيد يجعل ابن ابن ابنا ولا يجعل اب الاب ابا ثم اعلم ان
الجد الصحيح والوارث لا يكون الا ولجد الا انه لا يكون الا من قبل الاب والاقرب يسقط
الابعد ومذهب زيد رضي الله عنه انه اذا اجتمع الجد والاخوة كان الجد كاحدهم يقاسمهم
ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته فرض له الثلث والباقى بين الاخوة للذكر مثل حظ الانثيين
مثال ذلك جد واخ المال بينهما نصفان لان المقاسمة خير له جد واخوان المال بينهم اثلاث
لاستواء المقاسمة والثلث ههنا جد وثلثة اخوة يفرض له الثلث والباقى بين الاخوة لان المقاسمة
في هذه الصورة تنقصه من الثلث فان كان معهم ذو فرض يعطى فرضه ثم ينظر في الباقى للجد
ثلثة احوال المقاسمة او ثلث ما بقى وسدس جميع المال فيعطى ما هو خير له منها والباقى بين
الاخوة للذكر مثل حظ الانثيين مثال ذلك زوج وجد واخ للزوج النصف والباقى بين الجد
والاخ لان المقاسمة خير له وكذلك مع الزوجة جدة وجد واخوان واخت للجدة السدس
وللجد ثلث ما بقى لانه خير له جد وبنت وجد واخوان للجدة السدس وللبنت النصف وللجد
السدس لان ذلك خير له زوج وام وجد واخ للزوج النصف وللام الثلث والباقى وهو السدس
للجد وسقط الاخ في بنو العلات مع الجد كبني الاعيان فان اجتمعوا مع الجد فالاعيان يعدون
بنى العلات على الجد ليظهر نصيب الجد فاذا اخذ الجد نصيبه رد بنو العلات ما وقع لهم الى بني الاعيان
ويخرجون بغير شئ الا اذا كان من بني الاعيان اخت واحدة فتاخذ فرضها النصف بعد نصيب
الجد فان بقى شئ اخذه بنو العلات مثال ذلك جد واخ لابوين واخ لاب المال بينهم
اثلاث ثم الاخ لابوين يرد ثلثه المكون للاخ لابوين الصلبي ولو كان معهم زوجة فلها الربع
والباقى اثلاث ويرد الاخ لاب ما وقع له الى الاخ لابوين ولو كان مكان الزوجة زوج فله
النصف والباقى اثلاث كما تقدم جد واخت لابوين واخت لاب للجد النصف وللاختين
النصف وتاخذه الاخت لابوين ولو كانت اختين لاب والمسئلة بحالها فللجد الخمسان
وللاخت لابوين الخمس وللاختين لاب الخمسان ويردانه على الاخت لابوين ما تتم به النصف
وهو خمس ونصف خمس ويبقى لهما نصف خمس فاصل المسئلة من خمسة تضرب في اثنين للحاجة
الى النصف يصير عشرة فللجد اربعة وللاخت لابوين الخمس سهمان وللاختين لاب اربعة
ترد الى الاخت لابوين ثلثة تكملة النصف يبقى لهما سهم لا ينقسم عليهما فاضرب اثنين في عشرة

يكن عشرين منها تصح جد واخ لاب واخت لابوين المال اخماس ويرد الاخ الى الاخت الى تتمة النصف
شيء معه نصف سهم وهو العشر ولو كان معه اخت فللجد سهمان وللاخت لابوين السدس وللاخ
واخته ثلثه ثم يردان عليها تتمة النصف يبقى معهما سدس جد واختان لابوين واختان لاب للجد
الثلث وللكل من الثلث ثم يرد اولاد الاب نصيبهم على اولاد الابوين ام وجد واخت
لابوين واخوان واخت لاب اصلها من ستة للام سهم وثلث ما بقي خير للجد وليس للباقي ثلث
صحيح فاضرب ثلث في ستة يكن ثمانية عشر للام ثلثة وللجد خمسة وللاخت لابوين النصف تسعة
يبقى سهم واحد لاولاد الاب وهم خمسة فاضرب خمسة في ثمانية عشر يكن تسعين منها تصح
وتسمى تسعينية زيد ام وجد واخت لابوين واخ واخت لاب اصلها من ستة للام سهم يبقى
خمسة لا تستقيم على ستة فاضرب ستة في ستة يكن ستة وثلثين للام السدس ستة وللجد ثلث
ما بقي عشرة وللاخت لابوين نصف الجميع وهي ثمانية عشر يبقى لاولاد الاب سهمان وهم ثلثة فاضرب ثلث
في ستة وثلثين يكن مائة وثمانية منها تصح الا ان بين السهام موافقة بالانصاف فيرجع الى اربعة
وخمسين وجه ذلك ان المقاسمة وثلث ما بقي واحد في حق الجد فاعط الام نصيبها من
ثمانية عشر ثلثة وللجد ثلث ما بقي خمسة وللاخت لابوين نصف الجميع تسعة يبقى سهم لا يستقيم على
اولاد الاب فاضرب ثلثة في ثمانية عشر يكن اربعة وخمسين منها تصح وتسمى مختصرة زيد فالحاصل
من مذهب زيد انه يقول بالمقاسمة ما لم ينقصه من الثلث ومع ذي الفرض بخير له في احد
الاحوال الثلث ويعد ولد الاب على الجد اضرارا به ولا يفرض للاخوات المفردات مع الجد
ويجعلهن عصبة ولا يقول بالعول بناء على انهن عصبة وخالف هذا الاصل في المسئلة الاكدرية
وهي جد وزوج وام واخت لاب او لابوين للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت النصف
ثم يضم الجد نصيبه الى نصيب الاخت فيقتسمان للذكر مثل حظ الانثيين اصلها من ستة
وتعول الى تسعة للزوج ثلثة وللام سهمان وللاخت ثلثة وللجد سهم وما في يد الجد والاخت
اربعة لا تستقيم على ثلثة فاضرب ثلثة في تسعة يكن سبعة وعشرين منها تصح ولو كان
مكان الاخت اخ فلا عول ولا اكدرية لان للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس
ويسقط الاخ وكذا لو كان مع الاخ اخت لانها تصير عصبة باخيها سميت هذه المسئلة
اكدرية لانها واقعة امراة من بني اكدر وقيل سميت به لانها كدرت على زيد مذهبه
من ثلث اوجه اعال الجد وفرض للاخت وجمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب وانما فرض لها
ولم يجعلها عصبة لانه لم يبق لها شيء ولا وجه الى اسقاطها لانه ينقص نصيب الجد عن السدس
نظرا الى ما ذكرناه ضرورة ـــــــ والجدات مطلقا بالام والابويات بالاب ويحجب

القربى البعدى وارثة كانت او محجوبة الجدات كلهن يسقطن بالام الابويات منهن والاميات
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انما اعطى الجدة السدس اذا لم يكن للميت ام ولان الجدة الامية انما
تدلي الى الميت بواسطة الام فلا ترث مع وجودها لما قدمنا من ان الاقرب يحجب الابعد فهي محجوبة بها
نصا وقياسا اما الابوية فهي محجوبة بالنص على خلاف القياس لان الابوية انما تدلي الى الميت بالاب
وترث فرضه بالقياس ان لا يحجبها الام وتسقط الابويات بالاب كالجد مع الاب وكذلك يسقطن بالجد
اذا كن من قبله ولا تسقط ام الاب بالجد لانها ليست من قبله فلو ترك ابا وام اب وام ام اب
محجوبة بالاب واختلفوا فيما اذا الام ام الام فقيل لها السدس لان ام الاب محجوبة فلا تحجب غيرها وقيل
لها نصف السدس لانها من اهل الاستحقاق فتحجب وان كانت محجوبة كالاخوة مع الام والقربى من
الجدات تحجب البعدى وارثة كانت او محجوبة اما اذا كانت وارثة فظاهر لانها تاخذ الفريضة فلا
تبقى للبعدى شيء واما اذا كانت محجوبة كما اذا ترك ابا وام اب وام ام ام فقد قيل الكل للاب لانه
قد حجب ام ام الام لكونها اقرب منها وقيل لها السدس لان ام الاب محجوبة فلا تحجب على ما مر ثم
اعلم ان الجدات على مراتب الاولى جدتا الميت ام امه وام ابيه وهما وارثتان الثانية
اربع جدات جدتا ابيه وجدتا امه فالاوليان ام ابيه وام ام ابيه والاخريان ام ام امه وام
اب امه والكل وارثات الا الاخيرة لانها جدة فاسدة حيث دخل في نسبها اب بين امين
الثالثة ثمان جدات جدتا اب ابيه وهما ام اب اب ابيه وام ام اب ابيه وهما وارثتان
وجدتا ام ابيه وهما ام ام ام ابيه وهي وارثة وام اب ام ابيه وهي ساقطة وجدتا اب امه وهما ام
ام اب امه وام اب اب امه وهما ساقطتان وجدتا ام امه وهما ام ام ام امه وهي وارثة
وام اب ام امه وهي غير وارثة فان كان لكل واحدة سهم جدتان يصرن ستة عشر وهي
المرتبة الرابعة وان كان لكل واحدة من الستة عشر جدتان يصرن اثنين وثلثين وهكذا ثم الجدات
الوارثات على ضربين متحاذيات متساويات في الدرجة ومتفاوتات في الدرجة ويعرف المحاذيات
الوارثات بان يلفظ بعدد هن امهات ثم يبدل الام الاخيرة ابا في كل مرة الى ان لا يبقى الا الام واحدة
ويتصور ذلك في خمس جدات متحاذيات ام ام ام ام ام ه ام ام ام ام اب ه ام ام ام اب اب
ام ام اب اب اب ه ام اب اب اب اب واما المتفاوتات في الدرجة فالقربى تحجب البعدى
كما مر واعلم انه لا يتصور الجدة الوارثة من قبل الام الا واحدة لان الصحيح منهن هي ان لا يدخل
في نسبها اب بين امين فكانت الوارثة ام ام الام وان علت والقربى تحجب البعدى فلا يرث الا جدة
واحدة كما مر في الجد واما الابويات فيتصور ان يرث منهن الكثير لان الابويات يحجبنه ولا يرث
مع الجد الا جدتان احدهما من قبل الام والثانية ام الاب ولا يرث مع اب الجد الا ثلث جدات

احداهن من قبل الام والثانية ام ام الاب والثالثة ام اب الاب وعلى هذا كلما زاد
في درجة الاجداد زاد في درجة الجدات وارثة ومسايل هذا الفصل الى هنا ذا اسهال
واذا اجتمعتا وهذه ام ام وتلك هذه وام ام اب فالسدس بينهما اثلاثا وعندهما انصافا ه اذا اجتمع
في شخص قرابتان لو تفرقتا في شخصين ورثا ورث بهما ويجعل كالشخصين لان كل واحد مستقلة
في سبب الاستحقاق مثاله في صورة متفق عليها مات عن زوج هو ابن عمها النصف له بالزوجية
والباقي بالعمومة مات عن ابني عم احدهما اخ لام فللاخ السدس بالاخوة والباقي بينهما بالعمومة مات
عن اختين احداهما معتقة فالثلثان بينهما بالاخوة والباقي للمعتقة بالولاء واما المختلفة فالجدات وصورتها
امراة تزوج ابن ابنها بنت بنتها فولدت ابنا فهذه ام ام هذا الابن وهي ايضا ام اب ابيه وكذا لو تزوج
ابن ابنها بنت بنت لها اخرى فولدت ابنا كانت ام ام امه وام ام ابيه فان تزوج هذا الابن
بنت بنت بنت لها اخرى فولدت ابنا صارت ام ام ام امه وام ام ابيه وام ام اب ابيه فيكون
لها ثلث جهات ولو تزوج هذا الابن بنت بنت بنت لها اخرى فولدت ابنا كانت جدة
له من اربع جهات وعلى هذا يمكن تكثير الجهات فاما اذا كانت جدتان احداهما ام ام ام وهي ايضا
ام اب الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كام ام الاب فالسدس بينهما انصافا عند ابي يوسف
وعند محمد اثلاثا فابو يوسف اعتبر الابدان ومحمد يعتبر الجهات قال واذا استكمل
البنات او الاخوات لابوين فرضهن سقط بنات الابن والاخوات لاب الا ان يعصبهن ابن ابن
او اخ مرة اوانزل ه وقد مر بيان هذه الجملة في فصل البنات قال وياخذ احد ابني
عم هو اخ لام السدس ويقتسمان الباقي ه وقد ذكرنا هذه المسالة ايضا انفا عند ذكرنا اجتماع
القرابتين في شخص واحد قال ولو تركت زوجا واما واخوة لام واخوة لابوين فللزوج النصف
وللام السدس ولولد الام الثلث ولا شيء للاخوة لابوين ه هذه هي المشركة وصورتها
ان تترك المراة زوجا واما واخوة من ام واخوة لابوين فللزوج النصف وللام السدس ولولد الام الثلث
ولا شيء للاخوة من الابوين وهذا هو قول علي وابن عباس وابي بن كعب وابي موسى رضي الله عنهم وبه
قال اصحابنا رحمهم الله وقال عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم للزوج النصف وللام
السدس والثلث لولد الام يشترك فيه ولد الاب والام فيكون بينهم بالسوية وبهذا اخذ الشافعي
رحمه الله ان الاخوة تساووا في الانتساب الى الام وانفرد احد الصنفين بزيادة وهي الانتساب الى
الاب وكل من ساوى غيره في القرابة وانفرد عنه بفضل قرابة فاما ان يسقط كالاخ من الاب والام
والاخ من الاب واما ان يتقدم عليه بزيادة كالاب الذي يساوي الام في الولاد وينفرد عنها بالتعصيب
ولنا قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس

فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث جعل تعالى جميع الثلث للاخوة لام فلا يجوز ان ينقصوا منه
وقد قال صلى الله عليه وسلم ما ابقت الفرائض فلاولى عصبة ذكر ولم يبق شيء ولانه ينتسب الى
الابوين فلا يشارك من ينتسب الى احدهما كالاخ من الاب والام والاخت من الاب ولانها جهة واحدة في القرابة
فلا ينتقص بعضه بحال الانفراد ويرث ذلك ان الاخ لابوين لو كان معه اخوة لام لم يشاركوه في الثلث وياخذ
الباقي بالتعصيب كذلك ههنا ولا يلزم ان العول اذا كان اخا لام لانها جهتان يختلفان وانما شاركتهم
في الانتساب الى الام فهذا مما لا يمنع به ان يسقطوا وله في الانتساب اليها وسقط ولد الابوين
كما يستحق ولد الام قدرا ولا يستحقا وهم في الاستحقاق وكذا لابوين كما اذا كان في الفريضة زوج
وام وعشر اخوة لاب وام

فصل في العول والرد

قال اذا زادت السهام على الفريضة فقد عالت فتعول الستة الى عشرة وترا وشفعا
والاثنا عشر الى سبعة عشر وترا والاربعة والعشرون الى سبعة وعشرين كالمراة وبنتين وابوين
العول ان تزيد السهام على الفريضة فتعول المسالة الى سهام الفريضة ويدخل النقص عليهم على قدر
حصصهم لاحد من ترجيح البعض على البعض كالديون والوصايا اذا ضاقت التركة عن ايفاء الكل
فانها تقسم عليهم على قدر انصبائهم ويدخل النقص على كلهم فكذا ههنا ولانه تعالى
لما جمع هذه السهام في مال لا يتسع للكل علم ان المراد ادخال النقص بالكل عملا باطلاق
الجمع وكان الحاق النقص في الكل بالسهام فيقتضي جميع هذه السهام بالضرورة والبنات بالمعنى كالبنات
نصا وعلى هذا انعقد اجماع الصحابة ما عدا ابن عباس رضي الله عنهم على ما نبينه ان شاء الله
تعالى ثم اعلم ان اصول المسائل سبعة اثنان وثلاثة واربعة وستة وثمانية واثنا عشر واربعة وعشرون
ثلاثة منها تعول واربعة لا تعول فالثلاثة العائلة الستة والاثنا عشر والاربعة والعشرون والاربعة
لا تعول وهي الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية فاما العائلة فالستة تعول الى عشرة وترا
وشفعا والاثنا عشر تعول الى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر تعول وترا لا شفعا والاربعة
والعشرون الى سبعة وعشرين عولا واحدا ولنضرب لذلك كله امثلة تعرف بها هذه الاصول
منها اما التي لا تعول فزوج واخت لابوين يقتسمان المال نصفين وكذلك زوج واخت لاب وتسمى
هاتان المسالتان اليتيمتين لانه لا يورث المال بفرضين متساويين الا فيهما بنت وعصبة نصف
وما بقي اصلها من اثنين اخوان لام واخ لابوين ثلث وما بقي اختان لابوين واخ لاب ثلثان وما بقي
اصلها من ثلاثة اختان لابوين واختان لام ثلث وثلثان زوج وبنت وعصبة ربع ونصف
وما بقي اصلها من اربعة زوجة وبنت وعصبة ثمن ونصف وما بقي اصلها من ثمانية زوجة
وابن ثمن وما بقي من ثمانية واما امثلة العائلة فجدة واخت لام واخت لابوين واخت لاب

أصلها من ستة ومنها تصح جدة وأختان لأم وأخت لأبوين وأخت لأب سدس وثلث ونصف وسدس من ستة وتعول إلى سبعة. زوجة وأم وأخوان لأم نصف وسدس وسدس وثلث من ستة وهذه تسمى مسألة الإلزام فإنها إلزام على مذهب ابن عباس رضي الله عنهما لأنه إن قال فيها كقولنا فقد حجب الأم من الثلث إلى السدس بالأخوين وهو خلاف النص أيضاً وإن جعل لها الثلث فقد وجب العول. زوج وأم وأخت لأبوين نصف وثلث ونصف من ستة وتعول إلى ثمانية وهي أول مسألة عالت في الإسلام في صدر خلافة عمر رضي الله عنه فاستشار الصحابة فأشار العباس بأن يقسم عليه بقدر سهامهم فصاروا إلى ذلك وروي أنه قال أحدكم [?] كتاب الله ولا أدري من قدمه الله فأقدمه ولا من أخره فأؤخره ولكن رأيت رأياً فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمني أدى إلى أن دخل النقص على الكل فقسم بالعول ولم يخالفه أحد إلى أيام عثمان رضي الله عنه فأظهر ابن عباس رضي الله عنهما الخلاف وقال لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة قط فقيل له من قدمه الله ومن أخره فقال الزوجان والأم والجدة ممن قدمه الله والبنات وبنات الابن والأخوات لأبوين والأخوات لأب ممن أخره الله فإنه يعرض لهن [?] عصبة ويدخل النقص على هؤلاء الأربع ثم قال من شاء باهلته أن الله وفي لفظ أن الذي أحصى رمل عالج لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً فسميت مسألة المباهلة وقد روي أنه قيل له هلا ذكرت ذلك أيام عمر فقال كان مهيباً فهبته وهذا محمول على أنه اجتهد في ذلك ولم يكن معه دليل قطعي ولهذا مر أنه لو ذكر دليله أن يصير محجوجاً فامتنع ولو كان له دليل ظاهر لما سكت وقد كان عمر أشد انقياداً إلى الحق وأعظم لينا على ما عرف من أخلاقه في قوله أصابت امرأة وأخطأ عمر ورحم الله من أهدى إلى عمر عيوبه وإنما كانت شدته وغلظته في الحق أن يخالف وفي المحارم أن ينتهك. زوج وأم وأختان لأبوين من ستة وتعول إلى ثمانية. زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات من ستة وتعول إلى تسعة للزوج ثلثه وللأم سهم وللأخت لأم سهم وللأخت لأبوين ثلث وللأخت لأب السدس تكملة الثلثين. زوج وأم وأختان لأم وأختان لأبوين نصف وسدس وثلث وثلثان من ستة وتعول إلى عشرة وتسمى هذه المسألة أم الفروخ لأنها أكثر عولاً فشبهت الأربعة الزوائد بالفروخ وتسمى شريحية لأن شريحاً أول من قضى فيها. زوجة وأختان لأبوين وأخ لأب من اثني عشر ومنها تصح. امرأة وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وثلث وثلثان من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر. زوجة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلث وثلثان من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر. ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر وتسمى أم الأرامل لأن المسألة كلها إناث وهي

من مسائل المعاياة فيقال رجل مات وترك سبعة عشر ديناراً وسبعة عشر امرأة أصاب كل امرأة ديناراً. امرأة وأبوان وابن أصلها من أربعة وعشرين وتصح منها. امرأة وأبوان وبنتان ثمن وسدسان وثلثان من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية لأن علياً رضي الله عنه سئل وهو على المنبر فقال على الفور صار ثمنها تسعاً ومر على خطبته وهي إلى مثل ثمانية في الكتاب وهي من الزوائد. واعلم أن الستة إذا عالت إلى عشرة أو تسعة أو ثمانية فالميت امرأة قطعاً وإن عالت إلى سبع احتمل أن يكون ذكراً أو أنثى ومتى عالت الاثنا عشر إلى سبعة عشر فالميت ذكر. قال وإن فضل عنها ولا عصبة ترده عليهم بقدر سهامهم إلا على الزوجين. هذا شروع الكلام في الرد والرد ضد العول وهو أن يزيد الفريضة على السهام وليس ثمة عصبة مستحقة ورد الفاضل على ذوي السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين وهذا مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وعن عثمان رضي الله عنه أنه يرد على الزوجين قالوا وهذا وهم من الراوي فالصحيح عن عثمان أنه إنما رد على الزوج وحده وكان ابن عم فكان استحقاقه بالعصوبة ولم ينقل عن أحد الرد على الزوجة وقال زيد بن ثابت توضع ما زاد في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه [?] المذهب الأول قوله عليه السلام من ترك مالاً أو حقاً فلورثته الحديث ولأن المقتضي للاستحقاق موجود والمانع عنه مفقود بيان ذلك أن القرابة علة لاستحقاق الكل لاستغناء الميت عنه ولولا الانتقال إلى الورثة لبقي المال سائبة والقريب أولى الناس به مستحقه صلة لكن المانع عن استحقاق الجميع عارض المقتضي عند الاجتماع للمزاحمة إجماعاً فإذا انفرد عن المزاحم زال ذلك المانع فيعمل المقتضي عمله فوجب أن يستوفي صاحب السهم عند الاجتماع والمزاحمة ويستوفي الفاضل عن سهمه عند الانفراد. أما الزوجان فقرابتهما قاصرة فوجب استحقاقهما على مقدار سهمهما الظاهر لقصور قرابتهما على أن الزوجية تنقطع بالموت فتنتفي النسبة وتقتضيه ذلك عدم التوارث وإنما تحولت في حقهما القياس بالنص فيقتصر على مورده. قال فإن كان جنس المردود عليهم سميت المسألة من عدد رؤوسهم وإن كان جنسين فمن عدد سهامهم. من هاهنا إلى آخر الفصل من الزوائد. واعلم أن جميع من يرد عليه سبعة الأم والجدة والبنت وبنت الابن والأخوات من الأبوين ومن الأب وولد الأم ولا يقع الرد إلا على جنس واحد وعلى جنسين وعلى ثلاثة ولا يزيد على ذلك والسهام المردود عليها أربع الاثنان والثلاثة والأربعة والخمسة. ثم المسألة إما أن يكون فيها أحد ممن لا يرد عليه أو لا يكون فيها أحد منهم فإذا خلت عمن لا يرد عليه فإما أن يكون المردود عليه جنساً واحداً أو أكثر فإن كان جنساً واحداً فاجعل مسألتهم من عدد رؤوسهم وإن كان جنسين أو ثلاثة أجناس فاجعل المسألة من سهامهم واسقط الزائد مثال ذلك جدة وأخت لأم لكل منهما السدس والباقي يرد عليهما بقدر سهامهما فالمسألة من عدد

روسها اثنان لاستوائهما في الفرض فاصل المسئلة من ستة وعادت بالرد الى اثنين واحده واثنان
لام الجده السدس وللاختين الثلث اجعل المسئلة من ثلثة وهو عدد روسهم بنت وام اصلها من
ستة للبنت النصف ثلثة وللام السدس سهم اجعل مسئلتهم من عدد سهامهم وهي اربعة اربع
بنات وام للبنات الثلثان وللام السدس اجعل المسئلة من خمسة وهي عدد سهامهم بالرد
وان كان مع الاول من لا يرد عليه اعطى فرضه من اقل مخارجه وقسم الباقي على من يرد عليه كزوج
وثلث بنات ولم يستقم فان وافق روسهم كزوج وست بنات ضرب وفقها في مخرج
فرض من لا يرد عليه والا ضرب كل روسهم فيه كزوج وخمس بنات ه قد ذكرنا ان المسئلة على
نوعين النوع الاول ان لا يكون في المسئلة احد من لا يرد عليه وقسمنا هذا على قسمين ان يكون
المردود عليه جنسا واحدا وان يكون جنسين والنوع الثاني اذا كان في المسئلة من لا يرد عليه
وقسمنا هذا على قسمين ان يكون المردود عليه جنسا واحدا وان يكون جنسين والنوع الثاني
اذا كان في المسئلة من لا يرد عليه وهذا على قسمين ايضا احدهما ان يكون المردود عليه جنسا
واحدا والاخر ان يكون المردود عليه اكثر من جنس واحد وقد بينا الكلام في النوع الاول
بقسميه وهذا هو الكلام في القسم الاول من النوع الثاني وهو ان يكون في المسئلة من لا يرد
عليه والمردود عليه جنس واحد فنقول اذا كان في المسئلة من لا يرد عليه وهو الزوج والزوجة
والمردود عليه جنس واحد فاعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه ثم اقسم ما بقي على عدد
من يرد عليه ان استقام مثال ذلك زوج وثلث بنات للزوج الربع سهم من اربعة والباقي
للبنات وهي ثلث يصح عليهن لما بينا من يرد عليه اذا كان جنسا واحدا اجعل المسئلة من عدد
روسهم وان لم يستقم الباقي على من يرد عليه فان كان بين روسهم وبين ما بقي من فرض
من لا يرد عليه موافقة فاضرب وفق روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه مثاله زوج وست
بنات للزوج الربع سهم يبقى ثلثة والبنات ستة ومسئلتهن من عدد روسهن ستة والباقي
لا يستقيم عليهن لكن بين روسهن وبين الباقي موافقة بالثلث فاضرب وفق روسهن وهو
اثنان في مخرج فرض الزوج وهو اربعة يكن الحاصل ثمانية للزوج الربع مضروب في اثنين يبقى ستة
يصح على البنات وان لم يكن بين روسهم وما بقي موافقة كزوج وخمس بنات فاضرب كل روسهم
وهو خمسة وهي مسئلة البنات في مخرج فرض الزوج وهو اربع يكن عشرين للزوج الربع خمسة
والباقي خمسة عشر يصح على خمس لكل واحدة ثلثة ثم اعلم اصلا اخر مطردا في جميع مسائل
الرد وهو ان تضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه خمسة والباقي ثلثة من فرض
من لا يرد عليه وقد صحت المسئلة من عشرين تضرب سهم من لا يرد عليه وهو الزوج في كل مسئلة

من يرد عليه وذلك خمسة لعدم الموافقة بينهما فيبلغ خمسة هو نصيب الزوج من العشرين ثم اضرب مسئلة
من يرد عليهم وذلك خمسة وفي الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وذلك ثلثة يبلغ خمسة عشر وهو نصيب
البنات لكل بنت ثلثة قال ـــ وان كان مع الثاني من لا يرد عليه قسم الباقي من مخرج فرض من لا
يرد عليه على مسئلة من يرد عليه كزوجة واربع جدات وست اخوات لام وان لم يستقم ضربت جميع
مسئلة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات ثم ضربت
سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه ه
هذا هو الكلام في القسم الثاني من النوع الثاني وهو ان يكون في المسئلة من لا يرد عليه والمردود
عليه اكثر من جنس واحد فنقول اذا كان في المسئلة من لا يرد عليه والمردود عليه جنسان او ثلثة
اجناس فاعط فرض من لا يرد عليه ثم اقسم الباقي على مسئلة من يرد عليهم ان استقامت القسمة
والا فاضرب جميع مسئلة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ فمنه تصح المسئلة ثم اضرب
سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
ليتبين انصباؤهم مثال الاول زوجة واربع جدات وست اخوات لام للزوجة الربع سهم
يبقى ثلثة وسهام من يرد عليه ثلثة فقد استقام على سهامهم ومثال الثاني اربع زوجات
وتسع بنات وست جدات للزوجات الثمن سهم يبقى سبعة وسهام الرد خمسة لان اصل
مسئلتهن من ستة للبنات الثلثان اربعة وللجدات السدس واحد فالكل خمسة والباقي
من مخرج فرض من لا يرد عليه سبعة لا يستقيم عليها ولا موافقة فاضرب سهام الرد وهي خمسة في مخرج
فرض من لا يرد عليه وهو ثمانية يكن اربعين وهو مخرج فروض الفريقين وكان للزوجات من الثمانية سهم ضربناه
في خمسة وهو مسئلة من يرد عليه يكن خمسة وهو نصيب الزوجات من الاربعين وللجدات من الخمسة سهم
ضربناه في الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الزوجات وذلك سبعة يكن سبعة وهو نصيب الجدات
من الاربعين وللبنات من الخمسة اربعة ضربناها في الباقي من مخرج فرض الزوجات وذلك سبعة يبلغ ثمانية
وعشرين وهو نصيب البنات من الاربعين الا ان للزوجات اربعة ونصيبهن خمسة لا يستقيم
عليهن ولا موافقة فناخذ عدد روسهن وهو اربعة وللجدات ستة ونصيبهن سبعة
لا يستقيم عليهن ولا موافقة فناخذ ايضا عدد روسهن وذلك ستة وللبنات تسعة ونصيبهن
ثمانية وعشرون لا يستقيم عليهن ولا موافقة فناخذ ايضا عدد روسهن وذلك تسعة فاجتمع
عندنا اربعة وستة وتسعة وبين الاربع والستة موافقة بالنصف فضرب الاربعة في الثلثة يبلغ
اثني عشر وبين اثني عشر وتسعة موافقة بالثلث فضرب ثلث التسعة وهو ثلثة في اثني عشر يبلغ ستة
وثلثين ثم اضرب ستة وثلثين في اربعين يبلغ الفا واربعمائة واربعين للزوجات مائة وثمانون لكل

واحد خمسه واربعون وللجدات مايتان واثنان وخمسون لكل واحده اثنان واربعون وللبنات
الف وثمانيه لكل واحده مايه واثنا عشر هذا وان شيت صححت مسئله من لا يرد عليه على اصحابه
ثم صححت مسئله من يرد عليه على اصحابه ثم طلبت الوفق بين تصحيح من يرد عليه وبين الباقي من مخرج فرض
من لا يرد عليه فان كان بينهما موافقه بجز فاضرب جزء الوفق من تصحيح من يرد عليه في كل تصحيح من لا يرد عليه
وان لم يكن بينهما موافقه فاضرب كل تصحيح من يرد عليه في كل تصحيح من لا يرد عليه فما بلغ فمنها تصحيح المسئلتين
ثم اضرب نصيب كل واحد ممن لا يرد عليه في تصحيح من يرد عليه او في وفقه ونصيب كل واحد ممن يرد عليه
في الباقي من تصحيح من لا يرد عليه او في وفقه كما لو ترك امراتين وثلث اخوات لاب وام وجده فتصحيح
مسئله المراتين ثمانيه وتصحيح مسئله الاخوات والجده من خمسه عشر والباقي من تصحيح المراتين سته وبين
السته والخمسه عشر موافقه بالثلث فنضرب ثلث خمسه عشر وذلك في كل ثمانيه يبلغ اربعين
للمراتين من الثمانيه كان اثنين نضربها في خمسه عشر يبلغ عشره فهو نصيب المراتين من الاربعين
وللجده من خمسه عشر ثلثه نضربها في ثلث السته الباقيه من تصحيح المراتين وذلك اثنان يبلغ سته
وهو نصيب الجده من الاربعين وللاخوات من خمسه عشر اثنا عشر نضربها في اثنين وهو ثلث السته
الباقيه يبلغ اربعه وعشرين فهو نصيب الاخوات من الاربعين هذا اذا كان بينهما موافقه اما اذا كان
بينهما مباينه كما لو ترك ثلث زوجات وخمس اخوات لاب وام وجده صحح مسئله الزوجات من اثني
عشر والباقي من فروضهن تسعه وصحح مسئله الاخوات والجده من خمسه وعشرين فلا موافقه بين
الباقي وبين خمسه وعشرين في كل تصحيح الزوجات وذلك اثني عشر يبلغ ثلثمايه للزوجات من اثني عشر
ثلث نضربها في كل تصحيح من يرد عليه وذلك خمسه وعشرون يبلغ خمسه وسبعين لكل واحده خمسه
وعشرون وللجده خمسه وعشرين خمسه نضربها في الباقي من فروض من لا يرد عليه من تصحيحهم وذلك
تسعه يبلغ خمسه واربعين فهو نصيب الجده ولكل اخت اربعه نضربها في تسعه يبلغ سته
وثلثين وهو نصيب كل اخت ثلثمايه وقس على هذا ۞

فصل في ذوي الارحام

قال ـــ يورث ذوي الارحام كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبه فياخذ المنفرد جميع المال
ويحجب اقربهم الابعد ۞ مذهبنا في توريث ذوي الارحام مذهب عامه الصحابه رضي الله عنهم
وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع في بيت المال وبه قال مالك والشافعي رحمهم الله
ومما يعضدنا لاول قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اي بميراث بعض بالنقل وقوله
عليه السلام الخال وارث من لا وارث له ولما مات ثابت ابن الدحداح قال صلى الله عليه وسلم لعاصم
بن عدي هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انما كان اتيا فينا نعني غريبا فجعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم ميراثه لابن اخته ابا لبابه ابن عبد المنذر ولما مر ان القرابه عله الاستحقاق مطلقا الا ان

هذه القرابه عند الاجتماع بذوي الفروض والعصبه تقاعدت عن اقتضاء الحكم لتقدم القرابه القريبه
وما خفي البعيده تعتبر لا لانفراد زال المانع عن عمل العله فوجب الاستحقاق بها اذ الاصل ان صرف
المال الى بيت المال في وجود مستحق له ولان ساير المسلمين يدلوا اليه بالاسلام واولوا الارحام
يدلوا بالاسلام والقرابه والمدلي بجهتين اولى كتقديم الاعيان مع بني العلات ثم شرع في الكتاب
ذوي الارحام فقال كل قريب بالتنكير احترازا عن الجمله الاسميه فانه لا مساغ لها ههنا وهذا اشامل
لجميع انواع ذوي الارحام وطبقاتهم فان كلا منهم قريب ليس بذي سهم ولا عصبه ثم
اشار ذلك لحكمهم وحكم ذوي الارحام حكم العصبات من انفرد منهم اخذ جميع المال
لكونهم يدلون بالقرابه وليس لهم سهم مقدر فكانوا مثلهم ومتى اجتمع منهم اقرب وابعد
حجب الاقرب الابعد كالعصبات ايضا حتى ان من هو اقرب الى الميت من اي صنف كان فهو
اولى كبنت بنت بنت واب ام ام فاب الام اولى لانه اقرب وكانت اب ام ام وعمه او خاله فالعمه
او الخاله اولى لكونها اقرب وهذا التفسير والحكم من الزوايد قال ـــ ويقدم اولاد
البنات واولاد بنات الابن ثم الجد الفاسد والجدات الفاسدات ثم اولاد الاخوات لابوين
او اب واولاد الاخوه والاخوات لام وبنات الاخوه والجد مقدم عليهم ثم الخالات والاعمام
والعمات لام وبنات الاعمام واولاد هولاء ثم عمات الاباء والامهات واخوالهم وخالاتهم
واعمام الاب لام واعمام الامهات كلهم واولاد هولاء واذا استووا في درجه تقدم ولد
الوارث واذا اختلف الفروع والاصول كبنت ابن بنت وابن بنت بنت اعتبر الاصول بينهم
عليهم اثلاثا واعطى كل من الفروع نصيب اصله وهما الفروع فقط ۞ اعلم ان ذوي
الارحام اصناف اربعه فالاول من ينتمي الى الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن
والثاني من ينتمي الميت اليهم وهم الجد الفاسد والجدات الفاسدات والثالث
من ينتمي الى ابوي الميت وهم اولاد الاخوات كلهن وبنات الاخوه كلهم واولاد الاخوه لام
والرابع من ينتمي الى جدي الميت وهم الاخوال والخالات والاعمام والعمات وبنات الاعمام
كلهم واولاد هولا ومن يدلي بهم ويقدم الصنف الاول لان فيهم الولاد اقرب من غيرها
كما في الاصول ثم الصنف الثاني عند ابي حنيفه مقدم على الصنف الثالث وقال ابو يوسف
ومحمد الصنف الثالث اولى من الثاني وقد عبر عن هذا الخلاف بقوله والجد مقدم عليهم لهما
ان الصنف الثالث اولاد عصبه او ذي سهم والصنف الثاني ليسوا كذلك والاصل في ذوي
الارحام اذا استووا في الدرجه ان يقدم ولد الوارث وله ان الصنف الثاني له زياده
اتصال باعتبار الجزويه لانهم اصول الميت واعتبار زياده القرب في التقديم اولى لان عله

الاستحقاق القرب والعلة تترجح بالزيادة من جنسها الصنف الاول مقدم اقربهم بنت بنت
وبنت بنت بنت الاولى مقدمة لقربها وان استووا في القرب تقدم ولد الوارث لزيادة
ترجيح باعتبار اصله كبنت بنت بنت وبنت بنت ابن الثانية مقدمة لانها ولد وارث ذي
سهم بنت بنت اخ وبنت ابن اخ المال للثانية لكونها ولد وارث عصبة فان كان احدهما
يدلي بوارث لا بنفسه لكن بواسطة بنتا وما كبنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن
هما سوا كل منهما يدلي الى الوارث بواسطة والعلة القرب فلا يترجح بالاولى وان كان احدهما
اقرب والاخر ابعد والابعد يدلي بوارث قدم الاقرب لان العلة هي القرابة فتترجح بالزيادة
من جنسها كالعصبات اذا استووا ترجح بزيادة القرب مثاله بنت بنت بنت وبنت بنت ابن
الاولى مقدمة لكونها اقرب خالة وبنت عم الخالة مقدمة لقربها وان استووا في القرب
والادلاء فان اتفقت الآباء والامهات فالمال بينهم على السوا ان كانوا ذكورا او كانوا اناثا
وان كانوا اختلاطا للذكر مثل حظ الانثيين بنت بنت ابن وبنت بنت ابن المال بينهما
سوا بنت بنت وابن بنت بنت المال بينهما اثلاثا وان اختلفت الامهات والآباء فمذهب
ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة العبرة لابدانهم لا لاصولهم وقال محمد وهو اشهر الروايتين
عن ابي حنيفة العبرة لاصولهم فيقسم المال على الاصول ويعتبر الاصل الواحد متعددا بتعدد اولاده
ثم يعطى لكل فرع ميراث اصله ويجعل كل انثى تدلي الى الميت بذكر ذكرا وكل ذكر يدلي الى
الميت انثى انثى سوا كان ادلاؤها باب واحد او باكثر او بام واحدة او اكثر ثم يقسم سهام كل فريق منهم
بالسوية ان اتفقت صفاتهم وان اختلفت فللذكر مثل حظ الانثيين له ان الفروع انما
يستحقون الميراث بواسطة الاصول فيجب اعتبار الاصول ولابي يوسف ان ذوي الارحام
انما يرثون بالقرابة كالعصبات وكل منهم مستند بنفسه في اصل الاستحقاق فيعتبر الابدان
كما في العصبات مثال ذلك بنت بنت ابن وابن بنت بنت المال بينهما للذكر مثل حظ
الانثيين اجماعا بنت بنت بنت وبنت ابن بنت المال بينهما نصفان عند ابي يوسف اعتبارا
بالابدان وعند محمد يقسم اثلاثا باعتبار الاصول كانه مات عن بنت بنت وابن بنت ثم ينتقل
نصيب الابن الى بنته ونصيب البنت الى بنتها ابن بنت وابن بنت بنت عند ابي يوسف
للذكر مثل حظ الانثيين وعند محمد بعكس ذلك للبنت سهمان وللابن سهم بنتا ابن بنت و ابن
بنت بنت عند ابي يوسف ظاهر وعند محمد يقسم على الابا على ستة للاولين سهمان لان ولديهما
الى الميت بانثى فيكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فصار المال بين الفريقين اثلاثا فانكسر
الاثلاث فاضرب ثلثة في ثلثة تسعة منها تصح وان وقع الاختلاف في بطن او اكثر فابو يوسف

على اصله ومحمد يقسم المال على اول خلاف يقع فما اصاب الذكور ينتقل الى فروعهم وما
اصاب الاناث ينتقل الى فروعهن مع اعتبار الاختلاف في البطن الثاني على الوجه الذي
اعتبر في البطن الاول حتى ينتهي الى الاولاد الاحيا فيقسم بينهم على اعتبار ابدانهم مثاله
بنت بنت بنت وبنت بنت ابن بنت وبنت ابن بنت بنت وابن بنت بنت بنت فعند ابي
يوسف المال بينهم على خمسة اسهم خمسان للابن ولكل بنت خمس وعند محمد على عشرة اسهم
للاولى سهم وللثانية اربعة اسهم وللثالثة ثلثة وللرابعة سهمان لانه يعتبر الخلاف في اول
بطن وقع وفيه ابن بنت وثلث بنات بنت فيقسم عليهم ثم ما اصاب الابن وهو خمسان
يصيران الى ابنته وما اصاب البنات وهو ثلثة اخماس يقسم الى اولادهن وهم ابن وبنتان
للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للابن خمس ونصف وللبنتين خمس ونصف ثم ينتقل نصيب الابن
الى ابنته ونصيب البنتين الى ولديهما وهما ابن وبنت للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للابن
خمس وللبنت نصف خمس وهو عشر فتصح من عشرة ومن له قرابة من جهتين من ذوي الارحام
له سهمان ومن له قرابة واحدة له سهم واحد عند محمد اعتبارا بالاصول وعند ابي يوسف
هما سوا لانهم يرثون بالعصب وذلك لا يختلف كالعصبات جميعه مثال ذلك بنت بنت
بنت وبنت بنت هي بنت ابن بنت اخرى فعند ابي يوسف المال بينهما نصفان وعند
محمد لذي القرابة الواحدة سهم ولذي القرابتين ثلثة اسهم ولو كان مكان البنتين من جهتين
ابنا فعند ابي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وعند محمد لذات القرابة سهم ولذي القرابتين
ثلثة سهمان من قبل اصله الذكر وسهم له لوجوده بذاك الاصل وسهم من قبل اصله الانثى
نصفه الى ما في يد ذات قرابة فيقسمان السهمين للذكر مثل حظ الانثيين لاتحاد اصلهما
في هذين السهمين والخلاف ابدانهما على ثلثة فاضرب ثلثة في اربعة يكن اثنا عشر منها تصح
الصنف الثاني اولاهم بالميراث اقربهم الى الميت كاب ام واب ام ام واب ام اب
المال للاول لقربه وان استووا في القرب لم يكن الادلا بوارث موجبا للتقدم في اصح
الروايتين لان سبب الاستحقاق القرابة دون الادلا بوارث مثاله اب ام ام واب
ام اب هما سوا وعلى الرواية المرجحة بالادلا الاول اولى ثم ان كانوا من جهة واحدة فالقسمة
اعتبارا للابدان على السوا ان كانوا ذكورا او اناثا وان اختلطوا فللذكر مثل حظ
الانثيين وان كانوا من جهتين فلقوم الام الثلث ولقوم الاب الثلثان اب ام اب واب
اب ام للاول الثلثان وللثاني الثلث وان كان لاب الميت جدات من جهتين
وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب

ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه فكذلك ما اصاب فريق الام وروى
الحسن عن ابي حنيفة ما اصاب فريق الاب فكله لقرابته من قبل ابيه وما اصاب فريق الام فلقرابتها
من قبل الاب ايضا مثاله اب ام اب اب واب اب ام اب واب ام ام واب اب ام ام
فللاولين الثلثان وللآخرين الثلث على ما بينا الصنف الثالث ثلثة انواع الاول بنات الاخوة
واولاد الاخوات لاب وام واولادهم والثاني بنات الاخوة واولاد الاخوات لاب واولادهم
والثالث اولاد الاخوة والاخوات لام واولادهم فان كانوا من النوع الاول والثاني فهم كالصنف
الاول في تساوي الدرجة والقرب والادلاء بوارث والقسمة وان اختلفوا في ذلك فالحكم
الابدان عند ابي يوسف والابدان في وصف الاصول عند محمد وان كانوا من النوع الثالث
فالمال بينهم سوية لا يزيد الذكر على الانثى اعتبارا باصولهم والخلاف فيه وقد روت فيه
رواية شاذة عن ابي يوسف ان يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وان كانوا من هذه
الانواع وتساووا في الدرجة قدم المدلي بوارث ثم من كان لاب وام اولى عند ابي يوسف
ثم لاب ثم لام وعند محمد يقسم المال على اصولهم ويعطى نصيب كل اصل الى فرعه
مثاله ثلث بنات اخوات متفرقات فالمال كله لبنت الاخت لابوين عند ابي يوسف وعند
محمد لها ثلثة اخماس ولبنت الاخت من الاب خمس ولبنت الاخت من الام خمس اعتبارا بالاصول
فرضا وردا ثلث بنات اخوة متفرقين المال كله لبنت الاخ من الابوين وعند محمد لبنت الاخ
من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين بنت اخت لاب وبنت اخت لام المال للاولى
عند ابي يوسف لقربها وعند محمد للاولى ثلثة ارباع وللاخرى الربع فرضا وردا اعتبارا بالاصول
ابنا اخت لابوين وبنت اخت لام المال للابن عند ابي يوسف وعند محمد ابنا الاخت بمنزلة
الاختين فيقسم المال بينهم على خمسة واولادهم لا كاصولهم المدلي بوارث اولى اذا
استووا الا ان ابن اخ لام وابن بنت اخ لابوين وبنت ابن اخ لاب المال للبنت لانها ولد
وارث الصنف الرابع اقربهم اولاهم كعمة الاب اولى من عمة الجد وان استووا فقدم
من كان لابوين ثم من كان لاب ثم من كان لام كالعمة لابوين اولى من العمة لاب ومن العمة لام والعمة
لاب اولى من العمة لام وكذا الاخوال والخالات على هذا الترتيب وان استووا في درجة
وهم جنس واحد يقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وان كانوا جنسين عمومة وخؤولة
فالثلثان لجانب العمومة والثلث لجانب الخؤولة كيف كانوا في العدد والذكورة والانوثة
مثال ذلك عمة وعشرة اخوال للعمة الثلثان وللاخوال الثلث عمة وخال او خالة للعمة الثلثان
وللخال او للخالة الثلث والقياس ان يحرز الخال والخالة لان قرابة الابوة اقوى كالاشي للعمة

من الام مع العمة لاب الا انه ترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا للعمة
الثلثان وللخالة الثلث ولا يحجب ذو القرابتين من احد الجنسين ذا القرابة الواحدة من الجنس
الآخر جعلوا الميراث بين الخالة والعمة اثلاثا مطلقا فجرى الاجماع على اطلاقه مثال ذلك
عمة لابوين وخالة لاب للعمة الثلثان وللخالة الثلث وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
ان المال كله للعمة خالة لابوين وعمة لاب كذلك وعن ابي يوسف المال كله للخالة واذا اجتمع
الجنسان من جهة الاب والجنسان من جهة الام فالثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة
الام ثم ما اصاب قرابة الاب ثلثاه لقرابة ابيه وثلثه لقرابة امه وكذلك ما اصاب قرابة
الام مثاله عمة الاب وخالته وعمة الام وخالتها الثلثان للعمتين بينهما اثلاثا
والثلث للخالتين بينهما اثلاثا وقد انكسر بالاثلاث فاضرب ثلثة في ثلثة يكن تسعة منها تصح وحكم
اولاد هذه الاصناف حكم آبائهم في جميع ما ذكرناه عند عدم آبائهم والله اعلم

فصل قال ويقسم مال كل من الغرقى ونحوهم على ورثته الاحياء كالغرقى
والهدمى وكل جماعة ماتوا ولم يعلم ترتيب موتهم كالحرقى والقتلى مال كل واحد منهم للاحياء
من ورثته وهذا هو قول ابي حنيفة رضي الله عنه آخرا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
وعن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ ابو حنيفة اولا انه يرث بعضهم من بعض الا ما
ورث من صاحبه مثاله غرق اخوان ولكل منهما تسعون دينارا وخلف بنتا واما وعما فعند
عامة العلماء تقسم تركة كل واحد على ورثته الاحياء البنت والام والعم على ستة ولا يرث
احد الاخوين من الآخر وعلى قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما تقسم التسعون للبنت النصف
خمسة واربعون دينارا وللام السدس خمسة عشر دينارا والباقي وهو ثلثون للاخ ولا شيء للعم
ثم تقسم الثلثون بين البنت والام والعم اسداسا كما تقدم والمعتمد عليه هو القول الاول
لانه احتمل موتهما معا واحتمل تقدم احدهما وتأخره فوقع الشك في استحقاقه الميراث
واستحقاق الاحياء متيقن والشك لا يعارض اليقين ولان احدهما اذا احتمل حياة لم يرث صاحبه
لا يصح جعله ميتا لورثة الآخر فكذا اذا لم يعلم موت احدهما ولا بأن علم ان احدهم
مات اولا وجهل عينه اعطي كل واحد اليقين ووقف المشكوك فيه حتى يتبين او
يصطلحوا قال واذا اجتمع في المجوسي قرابتان يورثان يورث بهما لا باقواهما
ولا يرثون بالانكحة المستحلة عندهم فان المجوسي لا يرث بالانكحة الباطلة وان كانت مستحلة عندهم
لبطلانها في نفسها ويرث بالقرابة لثبوتها فاذا مات وترك امراة هي امه او اخته ورثت بالامومة
والاخوة لا بالزوجية واذا اجتمع فيه قرابتان وكل منهما سبب للارث لو تفرقا في شخصين ورث

بها جميعًا وهذا قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت وهو رواية
عن ابن مسعود رضي الله عنهما يرث باسنها واقواها وهي التي يرث بها على كل حال وبه اخذ
مالك والشافعي تغليبًا للقرابة القوية كالاخت لاب وام لا يرث بالقرابتين والصحيح قول العامة لان
كلا من القرابتين بانفراده صالح علة لاستحقاق الارث ويجوز استحقاق الواحد ما لين بجهتين اذا وجد في
كل جهة علة الاستحقاق كابني عم احدهما اخ لام او زوج كما مر ولا اعتبار بميراث الاخت
من الابوين لان الشرع جعلها قرابة واحدة في التوريث بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه
غيره مثال ذلك مجوسي تزوج بنته فاولدها ومات فقد مات عن بنتين فلهما الثلثان والباقي
لعصبته وسقط اعتبار الزوجية ولو ماتت بعده بنته التي هي زوجته فقد ماتت عن بنت هي اختها
فلها جميع التركة النصف بالبنتية والنصف بعصوبة الاختية وعند زيد بن ثابت لها النصف
بالبنتية ولا شيء لها بالاختية ولو ماتت بعده المولودة فقد خلفت امها وهي اختها من الاب
فلها الثلث بالامومة والنصف بالاختية والباقي للعصبة وعند زيد ترث بالامومة لا غير
لانها اثبت قرابة حيث لا تحجب بحال واذا ترافعوا الينا فما سهم على سنة الاسلام لقوله
لقوله تعالى فان جاءوك فاحكم بينهم وان احكم بينهم بما انزل الله وهو مروي عن عمر وعلي وابن
مسعود وابن عباس رواية عن زيد رضي الله عنهم قال ولو ترك ولدا وحملا فالموقوف نصيب
اربعة بنين او واحد ويختار للفتوى لا ابنين ه الحمل يرث ويوقف نصيبه باجماع الصحابة رضي الله
عنهم ولان الحمل يحتمل الوجود فيرث والعدم فلا يرث فيوقف نصيبه لبنين احتياطا
فان ولد الى سنتين حيا ورث لانه عرف وجوده وان احتمل الحدوث بعد الموت لكن جعل
موجودا قبل الموت حكما حتى يثبت نسبه لقيام الفراش في العدة وهذا اذا كان الحمل من الميت
فان كان من غيره كما اذا مات وامه حامل من غير ابيه وزوجها حي فان جاءت به لاكثر
من ستة اشهر لا يرث لاحتمال العلوق بعد الموت فلا يرث بالشك الا ان يعترف الورثة
بوجود الحمل عند الموت وان جاءت به لاقل من ستة اشهر ورث للتيقن بالوجود عند الموت
ثم الحمل اما ان يكون ممن يحجب غيره حجب حرمان او حجب نقصان او لا يحجب بل يكون مشاركا
لهم فان كان حاجبا حجب حرمان فانه يحجب الجميع كالاخوة والاخوات والاعمام وبني الاعمام
يوقف جميع التركة لجواز ان يكون الحمل ابنا وان كان حاجبا للبعض كالاخوة والجد
يعطى الجد السدس ويوقف الباقي وان كان حاجبا نقصانا كالزوج والزوجة يعطون اقل
نصيبهما ويوقف الباقي وان لم يحجبهم ولكن يشاركهم فان ترك بنين او بنات وحملا
قال ابو حنيفة في رواية ابن المبارك يوقف نصيب اربعة بنين او البنات ايهما اكثر لانه تكرر

وقوع ذلك موقوف لامكانه احتياطا وقال ابو يوسف في رواية هشام عنه وهو قول
محمد انه يوقف نصيب ابنين لكثرة وقوع ذلك وندرة الاربعة والحكم يدار على الاغلب
والاحوط وفي الابنين جمع بينهما وروى الخصاف عن ابي يوسف وهو قوله انه يوقف نصيب
ابن واحد وعليه الفتوى لانه هو الغالب المعتاد والاكثر من ذلك هو المحتمل والحكم يبنى على الغالب لب
دون المحتمل فان ترك ابنا وحملا فعلى رواية ابن المبارك يوقف ثلثا المال وعلى قول محمد
نصفه وعلى المفتى عليه ثلثه ثم الحكم بالميراث مترتب على ان يولد حيا ويعرف حياته بان
يتنفس كما يولد او يستهل بان يسمع صوته او عطاسه او يتحرك عضو منه بعينه او بشفتيه
او بدنه لان ذلك امارة الحياة قال صلى الله عليه وسلم اذا استهل الصبي ورث وصلي
عليه فان خرج اكثره حيا ثم مات ورث اعتبارا للاكثر وان انعكس الحال لم
يرث اعتبارا للاكثر ايضا فان خرج مستقيما اعتبر خروج صدره للارث وان خرج منكوسا
اعتبر وجود سرته وان مات بعدما استهل ورث وورث عنه ه

فصل في المناسخات

قال فان مات بعض الورثة قبل القسمة صححت المسئلة الاولى ثم الثانية فان انقسم
نصيب الميت الثاني على تركته منها وان لم ينقسم فان كان بين سهامه ومسئلته موافقة
ضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الاول والا ضرب كل الثاني في الاول فحصل مخرج
المسئلتين فيضرب سهام ورثة الميت الاول في المضروب وسهام ورثة الميت الثاني في
كل ما في يده او في وفقه فان مات ثالث جعل المبلغ مقام الاول والثالثة مقام الثاني
وهلم جرا ه الاصل في المناسخات ومعنى المناسخة ان يموت بعض الورثة قبل قسمة
التركة ان يصحح فريضة الميت الاول ويصحح فريضة الميت الثاني ثم لا يخلو اما ان ينقسم نصيب
الميت الثاني من فريضة الاول على تركته او لا ينقسم فان انقسم فقد صحت المسئلتان
جميعا كما اذا مات عن ابن وبنت ثم مات الابن عن ابنين فان فريضة الاول من ثلاثة اسهم
للابن سهمان وللبنت سهم وفريضة الميت الثاني من اثنين ونصيبه سهمان فقد انقسم
نصيبه على تركته وان لم ينقسم نصيب الميت الثاني على تركته فلا يخلو اما ان كان
بين سهامه ومسئلته موافقة او لم يكن فان كان بين سهامه ومسئلته موافقة ضربت
وفق التصحيح الثاني في نفس التصحيح الاول وان لم يكن بينهما موافقة ضربت التصحيح الثاني
في الاول فالحاصل مخرج المسئلتين ثم طريق القسمة ان تضرب سهام ورثة الميت الاول
في المضروب وسهام ورثة الميت الثاني في كل ما في يده او في وفقه وهذا لان تركه

الميت الثاني بعض فريضة الميت الاول فاذا كان جميع الفريضة الاولى مضروبا في جميع الفريضة
الثانية كان كل بعض منها مضروبا في جميع الثانية فيكون جميع الفريضة الثانية مضروبا
في بعض الفريضة الاولى وهو تركة الميت الثاني ضرورة لان الضرب مقوم بالطرفين
فان مات ثالث فصحح المسألتين الاوليين كما ذكرنا وانظر الى سهام الميت الثالث منهما
ان كان منهما او من احدهما فان انقسمت سهامه على مسألته فقد صحت المسائل الثلاث وان
لم ينقسم ضربت مسألته او وفقها فما صحت منه المسألتان الاوليان فمن له شيء من الاولى
والثانية مضروب في الثالثة او في وفقها ومن له شيء من الثالثة مضروب في سهام الميت الثالث
او في وفقها وكذا ان مات رابع وخامس مثال ذلك امرأة وام واخت لام وعم مات
العم عن ابن وبنت المسألة الاولى من اثني عشر والمسألة الثانية من ثلثة وسهام العم ثلثة تنقسم
على مسألته فقد صحت المسألتان من اثني عشر زوجة وثلث اخوات متفرقات وعم مات
الاخت لابوين وخلفت هؤلاء المسألة الاولى من ثلثة عشر للاخت من الابوين ستة تنقسم
على تركتها صحت المسألتان من ثلاثة عشر للاخت من الاب خمسة اسهم سهمان من الفريضة
الاولى وثلاثة من الثانية وللاخت من الام من الاولى سهمان ومن الثانية سهم وللعم
سهمان من الثانية وللزوجة ثلاثة اسهم من الاولى زوجة وثلث اخوات متفرقات
مات الاخت لابوين عن زوج واخت لاب واخت لام المسألة الاولى من ثلاثة عشر
والمسألة الثانية من سبعة وسهام الميت الثاني من التركة الاولى ستة لا تستقيم على
مسألتها وهي سبعة ولا موافقة فاضرب كل التصحيح الثاني في الاولى سبعة في ثلثة
عشر يكن احدا وتسعين منها صح المسألتان زوجة وثلاثة اخوات متفرقات وام
المسألة من سبعة عشر ثم ماتت الام عن اب وام وابن وبنتين المسألة من ستة وسهامها
من المسألة الاولى سهمان لا تستقيم على مسألتها لكن بينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق
مسألتها لكن بينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق مسألتها وهو ثلثة في التصحيح الاول وهو
سبعة عشر يكن احدا وخمسين منها تصح المسألتان وكل من له شيء من المسألة الاولى مضروب
في وفق الثانية وهو ثلثة ومن له شيء من الثانية مضروب في واحد فيكون للمرأة تسعة وللاخت
من الابوين تسعة عشر وللاخت من الام سبعة وللاخ من الام ثمانية ولكل واحد من
الابوين سهم واحد فان مات احدهما عن بنت واخ ثم ماتت البنت عن زوج وبنت وعم
وهو ابن الميت الاول المسألة الاولى من اثنين وكذلك الثانية والثالثة من اربعة اضرب
الاربعة في مبلغ الفريضتين الاوليين وهو اربعة يكن ستة عشر منها تصح المسائل للعم من

المسألتين الاوليين ثلثة اسهم سهم من مسألة الاب وسهمان من الاخ اضربها في اربعة
يكن اثني عشر وكان للبنت سهم من ابيها مضروب في اربعة يكن اربعة تنقسم على ورثتها للبنت
سهمان وللزوج سهم وللعم الباقي سهم فحصل للعم وهو ابن الميت الاول والاخ
الثاني ثلثة عشر من المسائل الثلث من الاولى ثمانية ومن الثانية اربعة ومن الثالثة سهم
رجل مات عن ابن وبنتين ثم مات احد الابنين عن زوجة وبنت وعصبة المسألة
الاولى من ستة والثانية من ثمانية وسهامه من الاولى اثنان لا تستقيم على مسألته
ولكن بينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضته الاولى وفي ستة يكن اربعة وعشرين
منها صح المسألتان كان للابن من الميت الاول سهمان مضروبان في اربعة تكن ثمانية فقد مات
عن ثمانية للزوجة سهم مضروب في وفق فريضته وهو سهم يكون لها وللبنت اربعة مضروبة
في سهم هي لها وللعصبة ثلثة مضروبة في سهم هي له ولو ماتت البنت عن زوج وام وعصبة
صح من ستة وسهامها من المسألة الثانية اربعة وبينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق
فريضتها وهي ثلثة في مبلغ الفريضتين الاوليين وهو اربعة وعشرين يكن اثنين وسبعين
منها صح المسائل الثلاث وهذه امثلة يستعين بها الفرضي على العمل والتمرن ويعتبر بها امثالها
ان شاء الله تعالى

حساب الفرائض

قال مخرج النصف من
اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلثة والسدس من ستة فاذا
اختلط النصف بكل الثلث الاخر او بعضها فمن ستة او الربع فمن اثني عشر او الثمن فمن
اربعة وعشرين ف الفروض نوعان الاول النصف والربع والثمن والنوع الثاني الثلثان والثلث
والسدس ومخرج كل كسر عدد ما في الواحد من امثاله ومخرج الكسر المكرر مخرج الكسر
المفرد كالثلث والثلثين والسدس والسدسين والنصف مخرجه من اثنين والربع من
اربعة والثمن من ثمانية ومخرج الثلثين والثلث من ثلثة والسدس من ستة فاذا اختلط
النصف من النوع الاول بجميع النوع الثاني وهو الثلثان والثلث والسدس او بعضها
اعني واحد منه اما الثلثان والثلث او السدس او اثنين منها فهي من ستة وان
اختلط الربع بالكل او بعضه فمن اثني عشر او الثمن بكل الثاني او بعضه فمن اربعة وعشرين
وامثلة ذلك تقدمت في فصل العول قال واذا انكسر سهام فريق عليهم ضربت عددهم
في اصل المسألة كامرأة واخوين وان توافق سهامهم عددهم ضربت وفق عددهم في اصل
المسألة كامرأة وستة اخوة ف لا تخلو الفريضة اذا صححتها من ان تنقسم سهام كل
فريق عليهم او لا تنقسم فان انقسمت السهام على المستحقين لم تحتج الى الضرب وان انكسر

ولم ينقسم عليهم فاضرب عدد رؤوس من انكسرت سهامهم في اصل المسئله وعولها
ان كانت عايله فما خرج منه المسئله مثاله امراه واخوان للمراه الربع سهم يبقى ثلثه لا تستقيم
على الاخوين ولا موافقه بين الثلثه والاثنين فاضرب عددهم وهما اثنان وهو اثنان في اصل
المسئله وهو اربعه يكن ثمانيه منها تصح وان كان بين سهامهم وعدد روسهم موافقه فاضرب
وفق عددهم في المسئله مثاله امراه وستة اخوه للزوجه الربع سهم يبقى ثلثه
لا تستقيم على سته وبينهما موافقه بالثلث فاضرب وفق عددهم وهو اثنان في اصل
المسئله وهو اربعه تكن ثمانيه منها تصح للزوجه سهم مضروب في اثنين يكون
اثنين وللاخوه ثلثه مضروبه في اثنين تكون سته لكل واحد سهم وان
انكسر سهام فريقين او اكثر وعدد روسهم متماثله ضربت احد الاعداد في اصل
المسئله كثلث بنات وثلث اعمام وان دخل بعض الاعداد في بعض كاربع زوجات
وثلث جدات واثني عشر عما ضربت اكثر الاعداد في اصل المسئله وان وافق بعضها
بعضا كاربع زوجات وخمس عشره جده وثماني عشره بنت وسته اعمام ضربت وفق
احدها في جميع الاخر والخارج في وفق الثالث ان وافق والا في جميعه ثم في الرابع
كذلك وان تباينت كاثنتين وعشر بنات وست جدات وسبعه اعمام ضربت احدها في
جميع الثاني والحاصل في جميع الثالث والحاصل في جميع الرابع هذا اذا انكسر
سهام فريق واحد عليهم وهذا بيان ما اذا انكسر سهام فريقين او اكثر وعند ذلك
فاطلب الموافقه بين سهام كل فريق وعدد روسهم ثم بين العددين فان كانا متماثلين فاضرب احدهما
في اصل المسئله وان كانا متداخلين فاضرب اكثرهما وان كانا متوافقين فاضرب وفق احدهما
في الاخر ثم اضرب المجموع في المسئله وان كانا متباينين فاضرب كل احدهما في الاخر ثم
المجموع في المسئله امثله ذلك ثلث بنات وثلث اعمام للبنات الثلثان سهمان يبقى سهم للاعمام
فقد انكسر على فريقين متماثلين فاضرب عدد احدهما وهو ثلثه في اصل المسئله تكون
تسعه منها تصح اخت خمس جدات وخمس اخوات لابوين وعم من سته ولا موافقه بين السهام
والاعداد لكن الاعداد متماثله فاضرب احدها وهو خمسه في اصل المسئله وهو
سته تكن ثلثين منها تصح لجده وست اخوات لابوين وتسع اخوات لام اصل
المسئله من سته وتعول الى سبعه للجده سهم وللاخوات لام سهمان ولا موافقه
وللاخوات لابوين اربعه وبينهما موافقه بالنصف فرجع الى ثلثه والثلثه داخله في
التسعه فاضرب تسعه في اصل المسئله وهو سبعه تكن ثلثه وستين منها تصح اخت ثلث

وست جدات واربع بنات ابن وعم من سته ولا موافقه بين السهام والاعداد ولكن بين الروس
وهي السته والاربعه موافقه بالنصف فاضرب نصف احدهما في الاخر يكن اثني عشر ثم المجموع في المسئله
يكن اثنين وسبعين منها تصح اخت زوجه وسته عشر اختا لام وخمسه وعشرون عما ربع وثلث
وما بقي اصلها من اثني عشر وبين سهام الاخوات وعددهن موافقه بالربع فرجع الى اربعه وبين الاعمام
وسهامهم موافقه بالخمس فرجع الى خمسها وهو خمسه ولا موافقه بين الاعداد فاضرب احد
العددين وهو اربعه في الاخر وهو خمسه يكن عشرين ثم اضرب عشرين في اصل المسئله وهو
اثنا عشر يكن مايتين واربعين منها تصح هذا اذا انكسر على فريقين فان انكسر على ثلث فرق او
اكثر فاطلب المشاركه اولا بين السهام والاعداد ثم بين الاعداد والاعداد ثم افعل كما فعلت في
الفريقين في المداخله والمماثله والموافقه والمباينه ولا تتصور الكسر في الفرايض على اكثر من اربعه
فرق فالحاصل من الضرب بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه في اصل المسئله امثله
ذلك اربع زوجات وثلث جدات واثنا عشر عما اصلها من اثني عشر للزوجات الربع ثلثه وللجدات
السدس سهمان وللاعمام ما بقي سبعه ولا موافقه بين الاعداد والسهام لكن الاعداد
متداخله فاضرب اكثرها وهو اثنا عشر في اصل المسئله وهو اثني عشر يكن مايه واربعه
وعشرين منها تصح كان للزوجات ثلثه في اثني عشر يكن سته وثلثين لكل زوجه تسعه وكان
للجدات سهمان في اثني عشر اربعه وعشرين لكل واحد ثمانيه وكان للاعمام سبعه في اثني عشر اربعه
وثمانين لكل واحد سبعه اخت ست جدات وتسع بنات وخمسه عشر عما اصلها من سته
للجدات سهم لا ينقسم ولا موافقه وللبنات اربعه كذلك وللاعمام سهم كذلك وبين
اعدادهم موافقه بالثلث فاضرب ثلث الجدات وهو اثنان في عدد البنات وهو تسعه
يكن ثمانيه عشر ثم اضرب وفقها وهو سته في عدد الاعمام وهو خمسه عشر يكن تسعين
ثم اضربها في اصل المسئله يكن خمسمايه واربعين منها تصح اخت زوجتان وعشر جدات
واربعون اختا لام وعشرون عما اصلها من اثني عشر للزوجتين الربع ثلثه لا ينقسم
ولا موافقه وللجدات السدس سهمان لا ينقسم لكن بينهما موافقه فرجع الى خمسه
وللاخوات الثلث اربعه لا ينقسم ويوافق بالربع فرجع الى ربعها وهو عشره وللاعمام
ما بقي وهو ثلث لا ينقسم ولا يوافق والخمسه والعشره داخله في العشرين فاضرب عشرين في
اصل المسئله اثني عشر يكن مايتين واربعين منها تصح اخت اربع زوجات وخمسه عشر جده
وثماني عشر بنتا وسته اعمام اصلها من اربعه وعشرين للزوجات الثمن ثلثه لا يستقيم ولا
يوافق وللجدات السدس اربعه لا يستقيم ولا يوافق وللبنات الثلثان سته عشر وبينهما

موافقه بالنصف فيرجع الى النصف وهو تسعه بقي للاعمام ستة والاعداد اربعه وخمسه عشر وتسعه
وسته وبين التسعه والسته موافقه بالثلث فاضرب ثلث احدهما في الاخر يكن ثمانيه عشر
بينها وبين خمسه عشر موافقه بالثلث ايضا فاضرب ثلث احدهما في الاخر يكن تسعين وهي
توافق الاربعه بالنصف فاضرب اثنين في تسعين يكن مايه وثمانين اضربها في اربعه وعشرين
يكن اربعه الاف وثلثمايه وعشرين منها تصح لاحدى الزوجات وعشر بنات وست جدات وسبعه
اعمام من اربعه وعشرين للزوجتين الثمن ثلثه لا تستقيم ولا توافق وللبنات الثلثان سته عشر
بينها موافقه بالنصف فيرجع الى خمسه وللجدات السدس اربعه بينها موافقه بالنصف ايضا
يرجع الى ثلثه وللاعمام سهم بقينا اثنان وخمسه وثلثه وسبعه فاضرب اثنين في خمسه عشر
والعشره في ثلثه والثلثين في سبعه مايتين وعشره اضربها في اصل المسئله اربعه وعشرين
يكن خمسه الاف واربعين ومن قوله وان باينت الى اخر الكتاب من الزوائد قال
واذا اردت معرفه التداخل فاسقط الاقل من الاكثر حتى يفنيه او قسمت الاكثر على
الاقل فانقسم قسمه صحيحه كالخمسه مع العشرين والموافقه نقصت الاقل من الاكثر
الى ان يتوافقا في احد ثنا ثنا وان توافقا في اثنين فالنصف او ثلثه فالثلث الى
العشره او احد عشر فبجزء من احد عشر وهكذا ﴿ اعلم ان كل عددين فلا بد ان يكونا
متماثلين ومتوافقين او متداخلين او متباينين وبيان معرفه هذه الاقسام الاربعه
اما العددان المتماثلان فهما العددان المتساويان كالثلثه والثلثه والخمسه والخمسه
ونحو ذلك ولم يذكر في الكتاب لظهوره واما المتداخلان فكل عددين احدهما جز
الاخر وهو ان لا يكون اكثر من نصفه كالثلثه مع التسعه والاربعه مع الاثني عشر
فالثلثه ثلث التسعه والاربعه ثلث الاثني عشر والاربعه نصف الثمانيه وكذا الثلثه
مع السته وطريق معرفته ان يسقط الاقل من الاكثر فان فني به فهما متداخلان كالخمسه
مع العشرين فانك اذا اسقطت الخمسه من العشرين اربع مرات فني او تقول كل عددين
ينقسم اكثرهما على اقلهما قسمه صحيحه فهما متداخلان كالعشرين مع الخمسه فانك اذا
قسمت العشرين على الخمسه في الاربعه اقسام صحيحه واما العددان المتوافقان فكل عددين
لا ينقسم احدهما على الاخر ولا يفنيه لكن يفنيهما عدد اخر فيكونان متوافقين بجزء ذلك
العدد كالثمانيه مع الاثني عشر يفنيهما اربعه فهما متوافقان بالربع وكذا خمسه عشر مع
وعشرين يفنيهما الخمسه متوافقا بالخمس وقد يفنيهما اعداد كالاثني عشر وثمانيه عشر
يفنيهما السته والثلاثه والاثنان فيوخذ جزء الوفق من اكثر الاعداد وطريق معرفته

الموافقه ان يفضل احدهما من الاخر اذا افنا بقي جز الموافقه من ذلك كخمسه عشر مع خمسه
وعشرين فانك اذا نقصت منها الخمسه عشر نقصت عشره فاذا نقصت العشره من الخمسه بقي خمسه
فاخذ جز الموافقه من خمسه وطريق معرفه جز الموافقه ان تنسب الواحد الى العدد الباقي
فما كان من نسبه الواحد اليه فهو جز التوافق مثال ذلك ما ذكرنا بقي خمسه فنسبه
الواحد اليها خمس فالموافقه بالاخماس وان كان الجز المفني للعددين اكثر من عشره كالسته
والثلثين والاربعه والخمسين يفنيهما ثمانيه عشر واثنان وعشرون يفنيهما ثلثه وثلثون يفنيها احد
عشر وثلثون وخمسه واربعون يفنيهما خمسه عشر فانظر فان كان الجز المفني فردا اولا وهو الذي ليس له
جز صحيح اي لا يتركب من ضرب عدد في عدد كاحد عشر فقل الموافقه بينهما بجز من احد عشر لانه لا يمكن
التعبير عنه بشي اخر وان كان العدد المفني زوجا كالثمانيه عشر فيما ذكرنا او فردا مركبا وهو
الذي له جزان صحيحان واكثر كخمسه عشر فان له جزا صحيحا وهو الخمس ثلثه والثلث خمسه وسمي
مركبا لانه تركب من ضرب عدد في عدد وهو ثلثه في خمسه فان شيت قلت كما قلت
في الاول هو موافق بجز من خمسه عشر وان شيت نسبت الواحد اليه
بكسرين يضاف احدهما الى الاخر فتقول في خمسه عشر بينهما موافقه بثلث الخمس وفي ثمانيه
عشر بثلث السدس وعلى هذا واما العددان المتباينان فكل عددين ليسا
متداخلين ولا متماثلين ولا يفنيهما الا الواحد كالخمسه مع السبعه والسبعه مع التسعه
واحد عشر مع عشرين ونحو ذلك وقد اشار اليه في المتن بقوله فان توافقا في واحد فتباينا
اي لا يحصل الوفق الا بواحد ويحصل به التباين قال واذا اردت معرفه نصيب كل
فريق من التصحيح ضربت ما كان له في اصل المسئله فما ضربته في اصل المسئله يخرج نصيبه
ثم اذا ضربت سهام كل وارث في المضروب يخرج نصيبه ﴿ اذا صححت المسئله بما قدمناه
من الطرق واردت معرفه نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان له من اصل المسئله فيما ضربته
في اصل المسئله فما خرج فهو نصيب ذلك الفريق ومعرفه نصيب كل وارث ان تضرب سهامه
فيما ضربته في اصل المسئله يخرج نصيبه مثال ذلك اربع زوجات وست اخوات لابوين
وعشره اعمام اصلها من اثني عشر للزوجات الربع ثلثه لا تستقيم ولا توافق وللاخوات الثلثان
ثمانيه لا تستقيم لكن توافق بالنصف ترجع الى ثلثه وللاعمام واحد معنا اربعه وثلثه وعشره
وبين الاربعه والعشره موافقه بالنصف فاضرب نصف احدهما في الاخر يكن عشرين اضرب
العشرين في ثلثه يكن ستين ثم اضرب الستين في اصل المسئله يكن سبعمايه وعشرين
منها تصح فاذا اردت ان تعرف نصيب كل فريق فتقول كان للزوجات ثلثه مضروبه

فما ضربته في اصل المسئلة وهو ستون يكن مائة وثمانين وكان للاخوات ثمانية مضروبة
في ستين ايضا يكن اربعمائة وثمانين وكان للاعمام سهم في ستين يكن ستين واذا اسقطت
ان تعرف نصيب كل وارث فتقول كان لكل زوجة ثلثة ارباع سهم مضروب في ستين
يكون خمسة واربعين وكان لكل اخت سهم وثلث في ستين يكون ثمانين ولكل عم عشر سهم
مضروب في ستين يكون ستة طريق اخرى لمعرفة كل فرد ان تقسم المضروب على اي فريق
شئت ثم اضرب الخارج في نصيب ذلك الفريق والحاصل نصيب كل واحد من ذلك الفريق
مثاله في مسئلتنا فالمضروب ستون نقسمه على الزوجات وهن اربع تخرج خمسة
عشر فاضرب خمسة عشر في نصيب الزوجات وهي ثلثة يكن خمسة واربعين فهي نصيب
كل زوجة ولو قسمناها على الاخوات تخرج لكل اخت عشرة فاضربها في سهامهن وهي
ثمانية يكن ثمانين وهي نصيب كل اخت ولو قسمناها على الاعمام وهم عشرة تخرج ستة
فاضربها في نصيبهم وهو سهم يكن ستة هي نصيب كل عم طريق اخر ان تنسب
سهام كل فريق من اصل المسئلة على عدد رؤسهم ثم تعطي بمثل تلك النسبة من المضروب
لكل واحد من احاد الفريق مثاله في مسئلتنا سهام الزوجات ثلثة نسبتها
الى عددهن وهن اربع ثلثة ارباع فتعطي لكل زوجة ثلثة ارباع المضروب وهي خمسة
واربعون هكذا تعمل في نصيب الاخوات والاعمام قال واذا اردت قسمة التركة
بين الورثة او الغرماء فان كان بين التركة والتصحيح موافقة تضرب نصيب ذلك الوارث
وان لم يكن بينهما موافقة ضربت سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة وتعمل
كذلك في معرفة نصيب كل فريق وتنزل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين كسهام
وارث ه اذا كانت التركة دراهم او دنانير واردت قسمتها على سهام الورثة
او سهام الغرماء فاضرب سهام كل وارث او غريم من التصحيح في التركة ثم اقسم
المبلغ على المسئلة فان كان بين التصحيح والتركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من
التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح تخرج نصيب ذلك الوارث
وكذلك العمل في معرفة نصيب كل فريق وان شئت عملت بطريق النسبة او بطريق
القسمة كما تقدم ومعرفة صحة العمل من خطائه ان تجمع تفصيله وتقابله بالمجموع فان
وافق فالعمل صحيح وان خالف فهو خطأ مثال ذلك زوج واخت لاب واخت لام اصلها
من ستة وتعول الى سبعة والتركة خمسون دينارا فاضرب سهام الزوج وهي ثلثة
في خمسين يكن مائة وخمسين اقسمها على المسئلة وهي سبعة تخرج احدا وعشرين وثلثة

اسباع وكذلك الاخت من الاب وسهم الاخت من الام تضربه في خمسين يكن خمسين اقسمها على
سبعة تخرج سبعة وسبع واذا جمعت كانت خمسين فالعمل صحيح وطريق القسمة ان تقسم
التركة على سبعة تخرج سبعة وسبع تضربها في سهام الزوج وهي ثلثة يكن احدا وعشرين وثلثة
اسباع وهكذا تفعل بالباقي قال ومن صالح من الورثة او الغرماء على شيء منها طرح ثم قسم الباقي
على سهام من بقي منهم ه اذا صالح احد من الغرماء او احد من الورثة على شيء من التركة فاطرحه
كانه لم يكن وارثا ولا غريما ثم اقسم الباقي على سهام الباقين مثال ذلك زوج وام وعم صالح
الزوج عن نصيبه من التركة على ما في ذمته من المهر فاطرحه وصير كانها بين ام وعم
فاقسم التركة بينهما للام الثلث والباقي للعم والله اعلم قال هذا اخر مجمع البحرين وملتقى
النيرين وقد ابتنيته على اسسته من تلك القواعد واجتهدت في التوفيق بين مسائل الشوارد
ولم اترك من المحاسن لا مسائل يسيرة طرحتها عمدا ومسائل اخر غيرت صيغها قصدا
اوردت مهاقدا ايثارا للاصح من المذاهب والاقوى وتحريا للاحتياط في الفتوى واياما التمس
ممن يقبله ان لا يهمل وليجب الاعراب فان التساهل فيه يجر خصوصا في مسائل الخطية فان
الاحتياط فيها حتم والله هو المشكور على افاضة نعمه والمسئول خاتمة السعادة بفضله وكرمه
هذه المسائل التي اشرت اليها قد مرت في اثناء الابواب والذي احوج الى ذلك ايثار الاظهر
الاشهر من مذهب من نسبت اليه من المجتهدين ويحتاج الى قيد يعرف به موضع الخلاف
او يقع به الاحتراز عن مسئلة اخرى فاوردت ذلك القيد ايثارا لزيادة الفايدة واما ما لم اجد
فيه نقلا صحيحا مشهورا فاني تركته وطرحته عمدا فلا اسف في تركي له الى الاخلال
بتلك المسئلة سهوا لكني بعد وزني في ذلك بحث لم اجد مستندا لنقل بل ربما شاهدت
في مشاهير الكتب المعتمد عليها ضد ذلك فلم يجز شطر ذلك ولا نسبته الى من نسب
اليه من غير اعتماد على ما ينبه على صحة ذلك وليس ذلك بقدح حاشا لله في الناقل لجواز
انه وقف على نقل لم اقف عليه وشاهد ما لم اشاهده ولكن هذا القدر في حيز
الاحتمال ومثل هذه لما انقله واحقق موضعه شفقن به فلا يسوغ لي ترك المتفق
به للمحتمل مع عدالة النقلة وضبطهم رحمهم الله والمسائل الخطية التي اشير
اليها هي مثل قولنا تحكم بالنون وتحكم بالبا فانهما في الخط متجانسان ليس بينهما
فرق الا النقط وكذلك يحكم على البنا للفاعل ويحكم على البنا للمفعول متجانسان
في الخط ليس بينهما فرق الا الاعراب وقد علمنا على كل من هذه الصيغ بحكم
اصطلاحنا الذي اسسنا عليه هذا الكتاب احكاما واوضحنا ما في الخلاف والوفا
ف

وان

نده مرشرطها بان لم يحقق اعرابها ونقطها واهملت نفع الشك للناظر فيها

اعرض على خلاف ما يستحقه ونقع الغلط ولهذا اخص ذلك بالوصيه بانه موضع

الاحتياط وهذا هو الذي حملني على وضع الرقوم فانها قرائن تدل على ذلك لا وضاح

على ما سبق بيانه في صدر الكتاب والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا

محمد وآله وصحبه اجمعين

ووقع الفراغ من نسخه يوم الجمعة

سادس عشر من المحرم من سنة خمسة عشر

وسبعمائه الهلالية على يد المفتقره

الى الله تعالى احمد العزيز ... على

بن ... الساعاتي احسن ... مولفه

لا ... والحمد لله رب العالمين

قال المصنف رحمه الله في اخر

هذا الكتاب فرغت من هذه

المسودة في البلد يوم الاثنين الثالث

عشر من شهر الله رجب سنة احدى

وتسعين وستمائة حامدا ومصليا

... من الكتب التي وقفها الفقير

الى الله ربه ذي المواهب

محمد المدعو بين الصدور براغب

... وقفي عبده